

긴급좌담회 자료집

사법부의 신뢰 위기와 사법개혁 방향

일시 | 2025년 5월 21일(수) 오후 2시

장소 | 참여연대 아름드리홀

주최 | 참여연대, 민주사회를 위한 변호사모임,
민주주의법학연구회

목차

프로그램	3
토론문. 사법부의 신뢰 위기와 사법개혁 방향 / 여연심	4
1. 논의의 배경	4
2. 이른바 사법개혁 법안들에 대한 평가	5
3. 새정부의 사법개혁 방향	12
4. 토론 – 형사소송법 개정안(불소추특권 관련 제306조제6항 신설)에 대한 평가	13
토론문. 최근 국회 사법개혁 방안 검토 / 유승익	15
1. 상고제도 개혁: 대법관 증원과 다양화	15
2. 재판소원	23
3. 법외범죄	36
토론문. 최근 논의되고 있는 사법개혁 방안의 입법적 쟁점 / 정재하	43
1. 들어가며	43
2. 대법관 증원	44
3. 재판소원 도입	48
4. 법외범죄 도입	52
5. 대통령에 대한 재판정지 법률	55

프로그램

- 14:00 좌장 한상희 / 참여연대 공동대표, 건국대 법학전문대학원 명예교수
- 14:10 지정토론 여연심 / 민변 사법센터 법원개혁소위원회 부소위원장
 유승익 / 참여연대 사법감시센터 소장, 명지대 객원교수 헌법학
 정재하 / 국회 입법조사처 입법조사관
- 15:30 폐회

토론문. 사법부의 신뢰 위기와 사법개혁 방향

여연심 / 민주사회를 위한 변호사모임 법원개혁소위원회 부위원장

1. 논의의 배경

- 2024년초 사법농단 사태로 촉발된 법원개혁 논의는 당시의 치열함에 비추어 볼 때 뚜렷한 성과를 냈다고 보기 어렵다. 20대 국회에서는 고등법원 부장판사 제도를 폐지하고 대법원 윤리감사관을 외부에서 선발하도록 하는 법령 개정 등에 그쳤다. 21대 국회는 대법원장의 사법행정권을 분산하고, 그 남용을 방지하기 위한 여러 법안을 심사조차 하지 않았다. 김영수 전 대법원장이 나름 법원개혁을 목적으로 시행한 각종 제도는 입법적 뒷받침 없이 임의로 시행된 것이었기에 조희대 대법원장 취임 후 쉽게 과거로 되돌아갔다.

징계처분은 미미했고 탄핵소추는 작동하지 못하거나 혹은 늦었다(임성근 전 부장판사에 대한 탄핵심판 각하). 대부분의 관련자들이 무죄를 선고받은 가운데 2024년 양승태 전 대법원장도 1심에서 무죄를 선고받았다. 그나마 임종헌 전 법원행정처 차장은 징역 2년에 집행유예 3년을 선고받았다.

- 윤석열 정부는 법원개혁에 대해 아무런 관심이 없었다(법원과 관련된 공약이 없다시피 했다). 21대 국회에 이어 22대 국회도 법원개혁에 대해 무관심했다. 하지만 이재명 민주당 대선 후보자에 대한 공직선거법 위반죄 판결을 줄속으로 파기하자 민주당은 갑작스럽게 성급한 입법에 나서기 시작하였다.

이번 전원합의체의 이례적인 절차진행과 파기환송심의 절차(재판 중단 전)에는 분명 심각한 문제가 있었고, 따라서 특정한 정치적 의도를 가진 재판진행이라는 비판이 나오는 것은 매우 당연하다. 그러나 전원합의체 판결에 대한 대응으로 발의된 각종 법안들은 그 내용이 법원개혁과 어떤 연관성을 갖는지 의심스러운 부분이 적지 않다. 아래에서는 법안별로 문제점을 간략하게 짚어 보고 새정부의 법원개혁 방향에 대해 의견을 밝히고자 한다.

2. 이른바 사법개혁 법안들에 대한 평가

[특검법안]

- 법원이라고 하여 청문회 대상이 되지 않는다거나 수사 대상이 되지 않는 것은 아닐 것이다. 그러나 이번 사건은 재판 그 자체를 수사 대상으로 삼는다는 점에서 적절하지 않다고 생각된다.
- 전원합의체 판결에 명백한 절차적 위법이 있는지 의문이 있고, 특정한 정치적 의도하에 재판이 진행되었다고 하더라도 어떤 형법 규정에 위반되는지 불확실하다. 수사로 밝혀야 할 대상 사실관계가 무엇인지도 분명하지 않거니와 심판의 합의를 공개하지 않도록 하는 법원조직법 제65조 규정과 그 취지를 고려해야 한다. 위 조항 등을 이유로 강제수사(압수 등)도 어려울 것인데 이를 입법으로 무리하게 해결하는 것도 재판의 독립이라는 관점에서 부적절할 수 있다.
- 이전 사법농단 사건이 결국 수사로 귀결되면서 어떤 성과가 있었는지도 냉정하게 고려해야 한다.
- 결론적으로 현재 상황에서 특검을 추진하는 것은 매우 부적절하다고 생각된다.

[대법관 증원(법원조직법 개정안)]

- 이번 전원합의체 판결이 왜 대법관 증원과 연결되는지는 이해할 수 없으나, 현재 대법원 접수 사건수, 대법원의 심리불속행 남발, 사건의 난이도 등을 고려할 때 대법관 수를 증원하는 것은 일정 정도 필요할 수 있다. 1년 동안 대법원에 접수되는 상고사건은 본안사건 수만 4만~5만 건인데 대법관 1인당 주심 사건으로 1년에 약 4,000건, 비주심 사건 포함 시 1년에 약 16,000건을 담당해야 한다는 의미이다. 심리불속행 제도와 상고기각 결정으로 사건이 처리되는 데 대해 실질적인 대법원 재판을 보장해 달라는 요구가 지속되었다.
- 김영수 전 대법원장 당시 사법행정자문회의에서는 상고제도개선특별위원회를 설치하여 상고제도 개선 방안을 논의하고 연구하였다. 중점 논의된 세가지 방향은 다음과 같다.
 - 상고심사제 방안 ⇨ 대법원이 상고심리를 할 대상을 심사하여 대법원이 최고법원으로서 중요한 사건에 심리를 집중하도록 함
 - 고법 상고부 등 방안 ⇨ 상고심을 담당하는 별도의 법원(고등법원 상고부 등)을 두고 상고사건을 일부 처리함
 - 대법관 증원 ⇨ ① 대법관을 증원하는 방안, ② 대법관이 아닌 법관(‘대법원 판사’)을 증원하는 방안, ③ 대법관과 대법원판사를 모두 증원하는 방안 등
- 다만 이 문제는 단순히 대법관 수를 몇 명이나 증가시켜야 하는지라는 관점에서 접근해서는 안 된다.
 - 대법원의 위상과 기능, 역할은 무엇인가? 또는 무엇이어서 하는가? 만약 뒤에서 볼 포괄적 재판소원을 도입한다면 대법원은 4심제 구조하에서 3심의 역할을 하는 것일 수 있다. 만약 그렇다면 대법관은 대폭 증원되어야 할 필요성이 있다고 할 수 있다. 만약 포괄적 재판소원을 도입하지 않는다면 현재의 재판 구조하에서 최고법원인 상고법원의 역할과 기능이 함께 논의되어야 한다.
 - 헌법은 “대법관은 대법원장의 제청으로 국회의 동의를 얻어 대통령이 임명한다.”라고 정하고 있다(제104조 제2항). 대법관이 늘어날수록 다수의 제청권을 행사하는 대법원장의 지위와 권한은 강화될 가능성이 높다. 대법원장의 제청권을 제한하고자 한다면 개헌이 필요하므로 이 부분도 함께 논의되어야 한다.

- 대법관이 늘어날 경우 재야 출신보다는 재조 출신으로 대법원이 채워질 가능성이 높다. 한국 사회의 여러 측면과 소수자를 대변할 수 있는 대법관 구성의 다양성을 어떻게 확보할 것인지도 반드시 함께 고려해야 한다. 다만 구성의 다양화 방안은 극우적 인사의 선발로 이어질 가능성까지 감안하여 숙고를 통해 설계되어야 한다. 대법관 추천위원회의 구성을 개혁하고 역할을 실질화하는 방안도 함께 논의되어야 한다.
- 또한 인원을 늘릴 여력이 있다면 대법관보다는 판사를 증원하여 하급심을 강화하는 방안이 우선되어야 할 것이다.

[포괄적 재판소원(헌법재판소법 개정안)]

현 행	개 정 안
제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.	제68조(청구 사유) ① ----- -----헌법재판소에----- -----. ----- -----.
<신 설>	② 제1항에 따른 헌법소원심판을 청구함에 있어 법원의 재판에 대한 헌법소원심판 청구는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 청구할 수 있다. 1. 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용한 법원의 재판으로 기본권을 침해받은 경우 2. 법원의 재판이 헌법과 법률에서 정한 적법한 절차를 거치지 아니하여 기본권을 침해받은 경우
② (생 략)	③ (현행 제2항과 같음)
<신 설>	제71조의2(가처분) 헌법재판소가 헌법소원심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.

- 위 개정안 제2항 제1호에 대해서는 동의한다. 다만 그와 같은 재판소원이 인용되는 경우 헌법재판소는 어떤 판결을 할 수 있는지와 헌법재판소 재판 중 해당 판결의 효력 여부 등의 문제는 당연히 함께 논의되어야 한다.
- 제2항 제2호의 경우 “헌법과 법률에서 정한 적법한 절차”를 거치지 않았다고 되어 있다. 절차 규정을 위반한 경우에만 재판소원을 허용한다는 취지로 보이는데 어떤 절차적 규정을 염두에 둔 것인지 불분명하고 제안이유에도 특별한 내용이 없다. 재심 절차와의 관계가 불분명하다, 앞서 본 바와 같이 재판소원이 인용되는 경우 헌법재판소는 어떤 판결을 할 수 있는지와 헌법재판소 재판 중 해당 판결의 효력 여부 등의 문제도 함께 논의되어야 한다.
- 무엇보다 이 문제는 헌법재판소의 기능과 역할을 설정하는(확대하는) 문제와 관련되어 있다. 대한민국 헌법은 제5장에서 법원을 제6장에서 헌법재판소를

규정하고 있다. 헌법 제101조는 “① 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다. ② 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다.”라고 규정하고 있다. 포괄적인 재판소원 제도를 도입하는 것이 현행 헌법과 부합하는지 검토가 필요하다.

[법왜곡죄(형법 개정안)]

현 행	개 정 안
<신 설>	제122조의2(사건처리지연) ① 법관, 검사, 사법경찰관, 기타 재판이나 범죄수사에 관한 직무를 수행하는 자가 정당한 이유 없이 사건 처리를 과도하게 지연시키거나 지연시키도록 지시한 때에는 2년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다. ② 제1항의 행위를 요구, 청탁한 자도 제1항의 형과 같다.
<신 설>	제123조의2(법왜곡) ① 법관, 중재인, 검사, 사법경찰관, 기타 재판이나 범죄수사에 관한 직무를 수행하는 자가 당사자 일방을 유리 또는 불리하게 만들 목적으로 법을 왜곡하여 적용하거나 그 정을 알면서 묵인한 때에는 10년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다. ② 인사권자 또는 인사사무를 보조하는 자가 인사 대상자에 대하여 제1항의 죄를 범하도록 지시한 경우에도 제1항의 형과 같다. ③ 자신의 지휘, 감독을 받는 자에 대하여 제1항의 죄를 범하도록 지시한 자도 제1항의 형과 같다. ④ 제1항부터 제3항까지의 행위를 요구, 청탁한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

- 법왜곡죄의 구성요건 핵심은 법을 ‘왜곡’하여 적용하였다는 것이다. 죄형법정주의의 ‘명확성 원칙’은 법률이 처벌하려는 행위가 무엇인지에 대해 누구나 예견할 수 있도록 구성요건을 명확히 규정할 것을 요구한다. 법 왜곡죄의 경우 ‘법’을 ‘왜곡’하여 ‘적용’한다는 것이 어떤 행위를 지칭하는 것인지 명확하지 않은 문제가 있다. 사실의 왜곡과 달리, 규범의 왜곡이 어떻게 이루어지는지 해석하기 어렵기 때문이다.

[대법원 2018. 11. 29. 선고 2017도8822 판결] (공직선거법상 선거에 관한 여론조사결과를 왜곡하여 공표하는 행위 등을 금지·처벌하는 규정 관련 판결임)
‘왜곡’의 사전적 의미는 ‘사실과 다르게 해석하거나 그릇되게 함’이고, ‘그릇되다’의 사전적 의미는 ‘어떤 일이 사리에 맞지 아니하다’이다. **사실에 대한 왜곡**은 일부

사실을 숨기거나 허위의 사실을 덧붙이거나 과장, 윤색하거나 조작하여 전체적으로 진실이라 할 수 없는 사실을 표현하는 방법으로 이루어진다.

- 법왜곡죄를 두고 있는 국가들 중에서 법왜곡죄가 활발하게 적용되는 경우는 드문 듯하다. 대표적으로 법왜곡죄가 실질적으로 규범력을 가진다고 알려진 독일에서도 법왜곡죄로 기소하는 사례가 그렇게 많지는 않다고 알려져 있다. 나치 부역 법관들도 법왜곡죄로 처벌까지 받은 사람은 소수이다. 이는 일반적인 판결의 오류나 오판은 법왜곡죄의 처벌 대상이 아님을 시사한다. 독일의 경우 포괄적인 의미의 공무원 직권남용죄는 존재하지 않고 공직자의 다양한 직무 관련 범죄를 규정하고, ‘공직자로서의 권한 또는 지위 남용’을 하여 특정한 범죄(강요죄, 문서위조죄 등)를 저지르는 경우에 대한 가중적 처벌 규정을 두고 있다.
- “독일에서의 법의 왜곡(Beugung des Rechts)이란 간단하게 표현하면 현행 실체법과 절차법에 대한 위반을 의미하고, 독일 형법 제339조는 ‘법’을 제정법을 의미하는 ‘법률’(Gesetz)이라고 표현하고 있는 것이 아니라 자연법을 포함하는 ‘법’(Recht)이라고 명시하고 있다. 따라서 법왜곡죄가 전제로 하고 있는 법은 실정법 뿐만 아니라 관습법 또는 초실정법적 규범도 포함하는 것으로 이해된다. 법왜곡죄의 구성요건이 전제로 하는 법왜곡 행위는 다양하다. 일반적으로 보면, ① 사건을 허위조작하는 경우, ② 법을 제대로 적용하지 않는 경우, ③ 재량권을 남용하는 경우, ④ 진실규명의무를 위반하는 경우, ⑤ 허용되지 아니하는 처분을 명하는 경우 등이 법왜곡 행위의 대표적인 예이다. 물론 이러한 행위들이 법관이나 공무원 등의 고의에 기초하고 있어야 함은 당연하다.” [이진국, “독일 형법상 법왜곡죄의 구성요건과 적용, 한국비교형사법학회 비교형사법연구 제21권 제1호 (2019.04) 163~184]
- 우리 형법상의 직권남용죄는 구성요건이 한정적이라는 문제가 있다. 특히 지위를 남용하는 경우에 대한 규정이 없고, 직권 남용의 의미가 아주 제한적으로 해석되고 있으며, 타인의 권리행사를 방해하거나 의무없는 일을 하게 하여야만 범죄가 성립한다. 자신의 지위를 이용하여 재판에 개입하는 행위(사법농단)나, 충분한 증거가 있음에도 이를 감추고 의도적으로 불기소하거나 무죄 판결을 하거나 또는 그 반대의 행위 등은 직권남용죄로 처벌하기 쉽지 않다. 그렇기 때문에 직권남용죄의 구성요건을 개정하거나 지위남용죄를 신설하자는 견해도 있다. 사건으로는 재판개입의 경우 지위를 남용하여 재판에 개입하는 자를 처벌하는 규정을 신설하는 규정은 고려해 볼 수 있다고 생각한다(예를 들어 특정한 지위를 가진 자가 개별

법관의 재판사무에 대하여 직·간접적으로 구체적 지시를 하거나 특정한 방향이나 방법으로 직무를 처리하도록 요구하는 행위나 특정한 방향이나 방법으로 직무가 처리되도록 할 의도로 의견을 제시하는 행위 등).

- 같은 취지에서 검사와 법관의 고의적인 법왜곡 행위도 논의해 볼 여지는 있다고 생각한다. 다만 한국과 같이 정치의 사법화가 극심한 나라에서 법왜곡죄를 신설하는 것은 재판까지 정쟁의 늪에 빠뜨리는 것과 마찬가지로 결과를 낳지 않을지 우려스럽다. 어떤 행위에 대한 형사처벌 규정이 미비한지 검토를 거쳐 필요성을 점검해야 한다.

3. 새정부의 사법개혁 방향

- 법원 권력의 민주적 통제는 재판 독립의 토대이다. 새정부는 재판과 법원 행정의 엄격한 분리, 대법원장의 제왕적 권한의 민주적 전환, 법관 책임성 강화 등 사법부의 구조 개혁을 우선순위에 두어야 한다.
- 공정하고 충실한 재판을 받을 권리를 실질적으로 보장하기 위해서는 상고심 제도 개혁, 대법원장 및 대법관 임명 절차 개선, 사실심의 충실화가 요구된다.
- 사법의 민주화와 재판청구권의 강화를 위한 국민참여재판의 확대, 증거개시제도의 개선, 인지제도 개선, 공개재판 녹음, 판결문 공개 등도 필요하다.
- 이러한 전반적인 제도 개혁을 위해 개혁입법을 구상하고 의견을 수렴하며 실질적으로 추진할 정부 차원의 사법개혁추진기구를 신설하는 것이 바람직하다.

4. 토론 – 형사소송법 개정안(불소추특권 관련 제306조제6항 신설)에 대한 평가

현 행	최 초 개 정 안	법제사법위원회 통과 수정안
第306條(公判節次의 停止) ① ~ ⑤ (생 략) <신 설>	第306條(公判節次의 停止) ① ~ ⑤ (현행과 같음) ⑥ 피고인이 대통령선거에 당선된 때에는 법원은 당선된 날부터 임기종료시까지 결정으로 공판절차를 정지하여야 한다. 부 칙 제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 제2조(경과조치) 이 법 시행 당시 대통령에게도 적용한다.	第306條(公判節次의 停止) ① ~ ⑤ (개정안과 같음) ⑥ 피고인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 법원은 각 호의 구분에 따른 기간 동안 공판절차를 정지하여야 한다. 다만, 피고사건에 대하여 무죄, 면소, 형의 면제 또는 공소기각의 선고를 할 때는 그러하지 아니하다. 1. 대통령선거의 후보자로 등록한 경우: 후보자의 등록이 끝난 때부터 당선인이 확정된 때까지 2. 대통령선거에 당선된 경우: 당선된 때부터 대통령 임기종료시까지 부 칙 제1조(시행일) (개정안과 같음) 제2조(공판절차의 정지에 관한 적용례) 제306조제6항의 개정규정은 이 법 시행 당시 법원에 계속 중인 사건에 대하여도 적용한다.

- 헌법 84조는 '대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니한다'고 규정하고 있다. 대통령 재직 중 기소되지 않는다는 점에 대해서는 다툼이 없으나, 이미 기소되어 형사 재판 중인 경우에는 어떻게 되는지(소추를 받지 아니한다는 의미가 무엇인지) 논란이 있다. 사건으로 위조항은 대통령 직무의 안정성을 확보하고 지위를 보장하기 위한 것으로 이미 기소되어 형사 재판 중인 경우 그 재판은 진행될 수 없다는 점을 규정한 것이라고

이해하고 있다. 기소되어 형사 재판 중인 경우에 관하여 논란이 있다면 이를 법적으로 구체화하는 입법은 필요하고 타당하다.

- 대통령선거의 후보자로 등록한 경우와 당선된 경우에 대해서는 헌법이 정한 바 없다. 그러나 전자는 선거운동 보장을 위하여, 후자는 조만간 개시될 대통령 직무 안정성 등을 위해 입법으로 공판절차 정지를 규정하는 것이 부당하다거나 불합리하다고 보기는 어렵다고 생각한다.
- 그러나 법제사법위원회를 통과된 개정안의 단서 부분(‘다만, 피고사건에 대하여 무죄, 면소, 형의 면제 또는 공소기각의 선고를 할 때는 그러하지 아니하다.’)은 무죄, 면소, 형의 면제 또는 공소기각의 선고만 남겨둔 시점이라면 굳이 재판을 정지하지 않아도 된다는 실용적인 관점에 입각한 것으로 보이나 불필요한 혼란을 야기시킬 수 있기 때문에 선뜻 동의하기 어렵다.
- 단서 부분은 무죄 등의 경우 재판이 정지되지 않고 진행될 수 있음을 전제로 하고 있으므로 헌법 84조에 모순된다. 헌법 84조가 공판절차를 정지하지 않는다고 보는 견해인 때에만 이런 단서 규정을 둘 수 있다고 생각한다.
- (1) 후보자, 당선자 및 대통령에 대해 무죄 등이 선고되는 경우 재판의 신뢰에 의문이 제기될 수 있고, (2) 무죄 등의 선고 후 항소기간이 기산되는지 아닌지, 검사가 항소를 할 수 있는지 없는지에 대해서도 분명하지 아니하여 절차에 새로운 혼란을 야기할 수 있으며, (3) 공판을 정지하지 않고 재판부가 선고기일을 지정할 경우, 사실상 재판 결과를 미리 공표하는 것과 같은 문제도 발생할 수 있다.
- 결론적으로 위 단서 부분은 삭제하고 일률적으로 공판절차가 정지되도록 규정하는 것이 헌법에 부합하면서 혼란을 없애는 방법이라고 생각한다.

토론문. 최근 국회 사법개혁 방안 검토

유승익 / 참여연대 사법감시센터 소장, 명지대 객원교수 헌법학

1. 상고제도 개혁: 대법관 증원과 다양화

가. 현행 상고제도의 문제점

(1) 대법원 사건 수 과다 및 대법관 1인당 사건 부담 가중

- 한국의 대법관 수는 총 **14명**이지만, 실제 심리에 참여하는 대법관은 **12명**에 불과
- 적은 수의 대법관이 과도한 사건 수를 처리해야 하므로 충실한 심리가 어렵다는 지적 있음
- 대법원 사건수와 대법관 1인당 사건 과다의 문제

(2) 대다수 사건의 소부 처리 및 전원합의체 기능 약화

- 현재 대법원은 대부분의 사건을 소부(**4명**으로 구성)에서 처리하며, 대법관 전원의 **3분의 2 이상**이 참여하는 전원합의체 심리는 1년에 약 **20여** 건에 불과
- 이는 대법원 판결의 권위를 약화시키고 다양한 가치와 법리가 충분히 논의되지 못하게 한다는 비판이 있음

(3) 이유 미기재 심리불속행 제도

- 심리불속행 기각 결정 시 그 이유를 기재하지 않아 당사자들이 불복 이유를 알기 어렵고 재판의 공정성에 대한 불신을 야기할 수 있다는 문제

(4) 대법관 구성의 다양성 부족

- 소위 “서오남”(서울대, **50대**, 남성)으로 대표되는 특정 출신 및 배경의 대법관이 다수를 차지하여 사회의 다양성을 반영하지 못하고 소수자 및 기본권 옹호 기능에 한계가 있다는 비판
- “대법관 구성의 다양화, 곧 대법원에서 충실하고 활발한 의견의 교환과 토론이 이루어지기 위해서는 ‘이견’을 가진 존재가 필수적입니다.”

(5) 법원행정처장 대법관 겸임 문제

- 재판 업무에 관여하지 않는 대법관(법원행정처장)의 존재는 사건 수 과다 문제를 더욱 부각시키며, 과거 사법농단 사태와 같은 문제와 연관될 수 있음

(6) 하급심 재판의 부실 문제

- 상고심뿐만 아니라 하급심 역시 판사 1인당 사건 수가 많아 충실한 심리가 어렵고 “5분 재판”과 같은 문제가 발생하여 국민의 재판받을 권리가 제대로 보장되지 못하고 있다는 지적

나. 상고제도 개선 방안 검토

(1) 상고심사제 도입 방안: 필수심리 + 권리상고 + 심사상고

1) 내용

- 특정 유형의 사건(필수심리 사건), 중대한 상고 사유가 있는 사건(권리상고 사건) 외의 사건(심사상고 사건)에 대해 대법원이 본안 심리 여부를 심사하는 방식
- 심사상고 사건은 법령 위반의 중대성 등을 기준으로 판단
- 현행 심리불속행 제도는 폐지

2) 주요특징 : “상고사건 수 자체를 줄이는 것”

3) 문제점

○ 재판청구권 제한 우려

- 필수심리 및 권리상고 사건의 범위가 제한적이므로 현재 상고 대상 사건 중 상당수가 심사상고를 통과하지 못해 2심으로 종결될 가능성이 높음.
- 이는 국민의 재판받을 권리를 크게 제한할 수 있음 ⇨ “3심에 관한 한 현재와 비교해서 재판청구권 행사의 장벽이 많이 높아질 것이다.”

○ 하급심 부실 재판/오판의 희생 우려

- 하급심 재판의 부실 문제가 해결되지 않은 상황에서 상고심 사건 수를 제한하면 오판 가능성이 있는 사건들이 상고심 판단을 받지 못하고 확정되어 당사자의 권리구제에 심각한 피해를 줄 수 있음

○ 전관예우 심화 우려

- 심사상고 사건의 심사 기준이 추상적이고 대법원의 재량적 판단 영역이 넓어짐에 따라 전관(퇴직 대법관 출신 변호사)의 영향력이 커질 수 있음

○ 어정쩡한 제도 운영 가능성

- 현재 대법관 수로는 정책 법원으로서의 기능을 제대로 수행하기 어렵고, 자의적인 사건 선별 및 법적 불안정성을 야기할 수 있음 ⇨ “상고심사제는 국민 법감정에 반하여 국민들에게 대법원으로부터 재판받을 기회를 박탈하게 되는 부당한 결과를 초래할 것”

(2) 고등법원 상고부와 상고심사제 혼합 방안 : 주로 형사사건에 고등법원 상고부 도입

1) 내용

- 형사사건 상고는 고등법원에 상고부를 두어 대법원과 분담하여 처리하고, 민사 사건은 상고심사제를 도입하는 방안
- 특정 기준을 충족하는 형사사건은 대법원에서 심리하고, 그 외 사건은 고등법원 상고부에서 담당

2) 주요특징

- 국민의 재판청구권을 보장하면서 대법원의 법령 해석 통일 기능을 회복하는 절충적 방안

3) 문제점

○ 고등법원 상고부 법관 임명 방식 문제

- 고등법원 상고부 법관 임명에 있어 대통령이나 국회의 동의 없이 대법원장이 임명하게 되어 민주적 정당성이 부족하고 법원의 계층화 및 관료화를 심화시킬 수 있음

○ 4심제 우려 및 소송 비용 증대

- 고등법원 상고부 판결에 불복하여 대법원에 특별상고하는 경우 사실상 4심제가 되어 국민의 소송 비용과 부담을 가중시킬 수 있음

○ 법령 해석 통일의 어려움

- 각 고등법원 상고부별로 다른 판결이 나올 경우 법령 해석의 통일을 기하기 어려움

○ 전관예우 및 관료화 심화 우려

- 고등법원 상고부 신설은 새로운 고위 법관 직위를 만들고 대법원장의 인사권을 강화하여 법원의 관료화를 심화시키고 전관예우 문제를 야기할 수 있음

○ 하급심 재판 역량 약화 우려

- 재판 경험이 풍부한 법관들이 고등법원 상고부에 다수 배치될 경우 하급심 재판 역량이 약화될 수 있음

(3) 대법원의 이원적 구성 방안 (대법관 외 대법원 판사 신설)

1) 내용

- 대법관 외에 대법원 판사라는 새로운 법관 직위를 신설(헌법상 “대법관이 아닌 법관”)하여 대법원 사건 처리 인원을 늘리는 방안

2) 주요 특징

- 대법관 수를 대폭 늘리는 것이 아니라 대법원 판사라는 법관이 대법원 사건을 대법관과 함께 심리하도록 하는 것

3) 문제점

○ 대등한 합의 가능성 의문

- 대법관과 대법원 판사 간 직위 차이로 인해 대등한 토론과 합의가 어렵고, 대법관의 판단에 가중치가 부여될 수 있다는 우려
- 현재 법원 개혁의 흐름인 대등재판부 확대에 역행

○ 소부 중심 운영의 문제 심화

- 현재도 소부 중심의 운영으로 토론이 부실하다는 비판이 있는데, 이원적 구성 시 다수의 사건이 소규모 재판부에서 처리될 가능성이 높아 이 문제가 심화될 수 있음

○ 법원 관료화 심화 우려

- 새로운 직위 창설은 법원의 계층화를 심화시키고 판사들의 승진 욕망을 부추겨 관료화를 야기할 수 있음

○ 전관/후관 예우 문제 심화 우려

- 대법원 판사 임기 종료 후 퇴직 시 전관예우 문제가 발생할 수 있으며, 대법관 후보군이 될 경우 후관예우 문제도 새롭게 발생할 수 있음

○ 필연적 이유 부족

- 대법관을 대폭 증원하는 방안에 비해 대법원 판사를 신설해야 할 필연적인 이유를 찾기 어렵고, 오히려 위와 같은 문제점들을 야기할 수 있음

(4) 대법관 대폭 증원안

1) 내용

- 현행 상고제도의 틀을 유지하면서 대법관 수를 대폭 늘려 대법관 1인당 사건 수를 줄이고 충실한 심리를 가능하게 하는 방안

2) 주요 특징

- “현재 제출되었던 모든 안 중에서 기본권을 가장 보호하고, 대법원의 바람직한 상에도 가장 부합하다는 잠정적 결론”

3) 장점

○ 국민의 재판받을 권리 보장 극대화

- 상고사건 수를 인위적으로 제한하지 않아 국민이 대법원의 재판을 받을 기회를 현재와 같이 보장할 수 있음

○ 충실한 심리 및 토론 강화

- 대법관 수 증가로 1인당 사건 부담이 줄어들어 사건에 대한 충실한 심리와 대법관 간의 충분한 토론이 가능해질 수 있음

○ 현행 제도의 급격한 변화 방지 및 유연성

- 현행 상고제도의 틀을 유지하면서 인원만 늘리는 방식이므로 제도 변화의 폭이 크지 않고 향후 추가적인 개선 논의에도 유연하게 대처할 수 있음

4) 문제점

○ 전원합의체 운영의 어려움

- 대법관 수가 대폭 늘어날 경우 모든 사건을 전원합의체에서 심리하기 어려워 여전히 소부 중심의 운영이 불가피할 수 있음

○ 사법부 관료화 심화

- 대규모의 대법관 임명 및 교체 과정에서 대법원장의 인사권이 지나치게 강화되어 사법부의 관료화가 심화될 수 있음

○ 정치적 영향의 문제

- 대법관 임명에 정치적 영향이 개입될 가능성이 있으며, 대법관이 정치적으로 편향될 수 있음

○ 대법관 구성의 다양성 확보의 불확실성

- 대법관 수만 늘린다고 해서 구성의 다양성이 자동으로 확보되는 것은 아니며, 임명 제도의 개혁이 병행되어야 한다는 지적이 있음

○ 헌법적 구조와의 괴리

- 헌법이 예정하는 대법원의 구조는 원칙적 전원합의체, 예외적 소부 운영인데 대규모 증원을 통한 특정 분야 전담부 설치의 헌법 정신과 다를 수 있다는 의견이 있음

다. 국민의 재판받을 권리와 상고제도 개선

○ 상고제도 개선 논의의 핵심 기준으로 헌법이 보장하는 국민의 ‘재판받을 권리’가 강조되어야 함

○ 대법원의 재판받을 권리의 성격

- 헌법재판소는 모든 사건에 대해 대법원의 재판받을 권리가 헌법상 보장되는 기본권은 아니라고 판단하고 있음
- 하지만 모든 사건에 대한 상고 기회를 완전히 박탈하는 것은 위헌의 소지가 있다는 견해도 있음

○ 상고제한과 재판청구권 침해

- 하급심 재판의 부실 문제가 해결되지 않은 상황에서 상고 사건을 제한하는 것은 재판청구권을 과도하게 침해할 수 있다는 비판
- “하급심 개선이 선행되거나 어느 정도 여건이 성숙되지 않은 상태로 상고사건의 제한을 도입하는 것은 옳지 않다. 이것은 제도 성패의 문제만이 아니라 정당성의 문제이다.”

라. 기타 사항

○ 법원 예산 문제

- 상고제도 개선을 위해서는 대법관 증원 등 추가적인 예산 투입이 필요하며, 현재 한국 법원 예산이 국가 예산에서 차지하는 비중이 낮음

○ 제도 변화의 폭과 경직성

- 어떤 제도가 도입되면 바꾸기 어렵다는 점을 고려하여 신중하게 접근해야 하며, 특히 과거 실패한 경험이 있는 제도(고등법원 상고부, 상고허가제 등)를 다시 도입하는 경우 그 폐지 원인이 해소되었는지 충분한 근거가 필요

○ 사법부 관료화 문제

- 어떤 개선 방안이든 새로운 직위 창설 등을 통해 사법부의 계층 구조 및 관료화를 심화시켜 판사들의 독립성을 저해하고 재판의 공정성에 대한 우려를 야기할 수 있다는 점이 중요한 고려사항

○ 하급심 충실화의 중요성

- 상고심 사건 수를 줄이는 가장 근본적인 방법은 하급심 재판을 충실화하여 당사자들이 1, 2심 판결에 승복할 가능성을 높이는 것
- 상고제도 개선 논의는 하급심 충실화 노력과 병행되어야 함

마. 소결

- 세 가지 개선 방안(상고심사제, 고등법원 상고부 혼합 방안, 대법원 이원적 구성 방안) 모두 재판청구권 제한, 법원 관료화 심화, 전관예우 문제 등 다양한 문제점을 안고 있음

- (잠정적으로) 대법관 대폭 증원안이 국민의 재판받을 권리를 가장 잘 보장하고 현재의 문제점을 해결하는 현실적인 방안
- 하지만 대법관 증원안 역시 관료화, 정치적 영향 등의 우려가 제기되므로 신중한 접근이 필요

2. 재판소원

가. 현행법상 재판소원 금지

- 현행 헌법재판소법은 법원의 재판을 원칙적으로 헌법소원 대상에서 제외하고 있어, 국민의 기본권 침해가 사법 영역에서도 발생함에도 불구하고 이에 대한 헌법소원을 통한 구제가 어렵다는 비판이 지속적으로 제기
- 현행 헌법재판소법 제68조제1항은 법원의 재판을 헌법소원 대상에서 원칙적으로 제외하고 있음. 이는 형식과 종류를 불문하고 법원의 모든 재판 행위를 포함.
- 다만, 헌법재판소는 다음과 같이 재판소원을 예외적으로 인정하고 있음
 - “헌법재판소법 제68조 제1항은 원칙적으로 헌법에 위반되는 것이 아니지만, 위법률조항의 “법원의 재판”에 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판도 포함되는 것으로 해석하는 한도내에서 헌법에 위반된 것임”(헌재 1997.12.24. 96헌마172)
 - 헌법재판소법 제68조제1항의 “법원의 재판”에 대하여는 “위헌결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판”이 포함되는 것으로 해석하는 한 법에 위반된다는 한정위헌결정(헌재 2016. 4. 28. 2016헌마33)
 - “위헌결정한 법령을 적용함으로써 헌법재판소의 위헌결정의 기속력을 부인한 재판”에 대해서도 헌법소원을 금지하는 것은 위헌(헌재 2022. 6. 30. 2014헌마760, 2014헌마763(병합)) ⇨ 법원의 재판의 경우에도 일부 헌법소원이 가능하다는 결정

나. 재판소원 도입의 찬성론과 반대론

(1) 찬성론

○ 체계 정당성 확보

- 헌법소원은 보충성의 원칙에 따라 다른 법률의 구제 절차를 모두 거친 후에만 허용됨.
- 다른 구제 절차가 없는 법원의 재판을 대상에서 제외하는 것은 이러한 보충성 원칙 하의 체계 정당성에 부합하지 않음

○ 국민의 기본권 보장 확대

- 재판소원이 도입되면 현재 헌법소원 제도의 큰 공백인 행정 작용(재판의 대상이 된 원행정처분)에 대한 헌법소원을 통해 통제 가능해지므로 국민의 기본권 보장이 확대됨
- 재판의 대상이 된 행정 작용이 헌법소원에서 배제되면 추상적인 입법 작용만이 대상이 되는 기형적인 결과를 초래¹

○ 사법 불일치 문제 해결

- 법률에 대한 규범 통제 과정에서 발생하는 대법원과 헌법재판소 간의 사법 불일치 문제를 해결할 수 있음.
- 예를 들어, 헌법재판소가 특정 법률 조항에 대해 위헌 결정을 내렸으나 대법원이 이를 합헌으로 적용하는 경우 발생하는 사법 불일치를 재판소원을 통해 바로잡을 수 있음

(2) 반대론

○ 사법권 침해

- 헌법 제101조제1항은 구체적인 사건에서의 사법 작용을 법원에 전속시키고 있음
- 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 삼는 것은 법원에 전속된 사법권을 침해한다는 주장

○ 대법원의 최고 법원성 침해

- 헌법 제101조제2항은 대법원을 최고 법원으로 규정하고 재판을 최종적으로 심사하도록 하고 있음
- 재판소원을 허용하면 헌법재판소가 사실상 제4심 법원의 기능을 하게 되어 대법원의 최고 법원성을 침해

○ 사건 폭주 및 업무 과중

- 재판소원을 인정할 경우 헌법소원 남용으로 인한 사건이 폭주하여 헌법재판소의 업무 부담이 극도로 증대될 수 있음

¹ 재판소원을 도입하면 그동안 헌법소원제도의 가장 큰 공백이었던 행정작용, 즉 재판의 대상이 되었던 원행정처분이 헌법소원에 의해 통제될 수 있어서 국민의 기본권 보장이 확대된다는 입장

○ 대법원의 최종적 심사권 침해

- 헌법 제107조제2항은 명령, 규칙 또는 처분의 위헌 여부가 재판의 전제가 된 경우 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다고 규정
- 재판소원에서 법원의 재판이 명령, 규칙, 처분의 위헌성 판단을 제대로 했는지 심사할 경우 대법원의 최종적 심사권을 침해할 수 있음

다. 입법례

○ 독일

- 독일연방헌법재판소법 제90조제1항에 따라 법원의 재판을 포함한 모든 공권력 작용을 헌법소원의 대상으로 인정
- 다만, 법관이 법령을 해석, 적용할 때 기본권을 근본적으로 잘못 이해하거나 충돌하는 기본권들의 비교형량을 간과한 경우에 한정하여 재판소원을 인정

○ 스페인

- 스페인 헌법재판소법 제41조제2항에서 모든 공권력 작용을 헌법소원의 대상에 포함시키고 있으며, 제44조에서 사법기관의 작위 또는 부작위에 의해 기본권이 침해된 경우 모든 심급을 거친 후 헌법소원을 제기할 수 있도록 규정하여 재판소원을 허용

○ 오스트리아

- 헌법소원의 대상은 행정처분과 법령에 한정되며 법원의 재판은 대상이 아님
- 명령이나 법률의 위법성으로 권리가 침해된 경우, 법원의 재판이 없는 상태에서 명령이나 법률이 효력을 발휘했을 것을 요구함

○ 스위스

- 별도의 헌법재판소 없이 연방법원에서 헌법소원 심판권을 가짐
- 주의 소송 절차에 대한 상고심 절차가 아닌 독자적인 절차이며, 헌법소원 대상은 '주의 고권 행위'에 국한되어 재판에 대한 소원을 인정하지 않음

라. 독일 연방헌법재판소의 재판에 대한 헌법소원제도: 범위와 절차

(1) 의의

- 독일의 헌법소원제도는 국민의 기본권을 보호하기 위한 중요한 헌법적 구제수단임.
- 이 제도는 공권력에 의한 기본권 침해를 주장할 수 있는 특별한 법적 수단으로, 독일 기본법과 연방헌법재판소법에 그 근거를 두고 있음.
- 독일의 헌법소원은 일반적인 상소제도와는 구별되며, 오직 헌법적 위반 사항에 대해서만 심사가 이루어짐.
- 이하에서는, 독일 재판소원의 범위와 구체적인 절차를 중심으로 살펴봄

(2) 헌법소원의 법적 근거와 성격

- 헌법소원은 독일 기본법 제94조 제1항 제4a호, 제4b호와 연방헌법재판소법 제13조 제8a호, 제90조 이하에 법적 근거를 두고 있음
- 이는 일반 법원의 심사 절차를 확장하는 것이 아니라, 헌법적 권리를 보호하기 위한 특별한 법적 구제수단임
- 독일 연방헌법재판소는 이러한 헌법소원에 대해 유일한 심사기관으로서, 다른 심급 없이 직접 헌법소원을 접수하거나 기각함
- 독일 연방헌법재판소는 다른 모든 헌법기관에 대해 독립적이고 자율적인 연방 법원으로 정의되며, 이는 헌법소원 심사의 공정성과 독립성을 보장

※ 독일 연방헌법재판소의 재판소원 관련 규정

독일 기본법

“기본권 또는 제20조제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 포함된 권리가 공권력에 의하여 침해되었다고 주장하는 자가 제기할 수 있는 헌법소원”(제94조 제1항 4a호)

독일 연방헌법재판소법

제90조

(1) 공권력에 의하여 자신의 기본권 또는 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조와 제104조의 권리가 침해된 자는 연방헌법재판소에 헌법소원을 청구할 수 있다.

(2) 다른 권리구제절차가 있는 경우에는, 헌법소원은 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다. 다만 헌법소원이 일반적인 의미를 가지는 경우 또는 먼저 권리구제절차를 거치게 하면 소원청구인이 중대하고 불가피한 손해를 입을 우려가 있는 경우에는, 연방헌법재판소는

권리구제절차를 거치기 전에 헌법소원에 대해서도 즉시 심판할 수 있다.

(3) 주헌법에 따라 주헌법재판소에 헌법소원을 청구하는 권리는 영향을 받지 아니한다.²

제95조

(1) 헌법소원이 인용된 경우에는 위반된 기본법의 조항과 당해 조항을 위반한 작위 또는 부작위를 확인하여야 한다. 연방헌법재판소는 심판대상이 된 처분의 반복은 기본법에 위배된다는 취지를 선고할 수 있다.

(2) 결정(Entscheidung)³에 대한 헌법소원이 인용된 경우에는, 연방헌법재판소는 당해 결정을 취소하고, 제90조 제2항 제1문의 경우에는 사건을 관할법원에 환송한다.

(3) 법률에 대한 헌법소원이 인용된 경우에는, 당해 법률이 무효임을 선고한다. 헌법소원이 제2항에 따라 취소된 결정이 위헌인 법률에 기인하였기 때문인 경우에도 이와 동일하다. 제79조의 규정을 준용한다.⁴

² Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) § 90

(1) Jedermann kann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben.

(2) Ist gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Das Bundesverfassungsgericht kann jedoch über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

(3) Das Recht, eine Verfassungsbeschwerde an das Landesverfassungsgericht nach dem Recht der Landesverfassung zu erheben, bleibt unberührt.

³ 이 조문에서의 결정(Entscheidung)은 법원의 재판뿐만 아니라 권리구제절차가 있는 행정청의 결정도 포함하는 개념이다.

⁴ § 95

(1) Wird der Verfassungsbeschwerde stattgegeben, so ist in der Entscheidung festzustellen, welche Vorschrift des Grundgesetzes und durch welche Handlung oder Unterlassung sie verletzt wurde. Das Bundesverfassungsgericht kann zugleich aussprechen, daß auch jede Wiederholung der beanstandeten Maßnahme das Grundgesetz verletzt.

(2) Wird der Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung stattgegeben, so hebt das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung auf, in den Fällen des § 90 Abs. 2 Satz 1 verweist es die Sache an ein zuständiges Gericht zurück.

(3) Wird der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben, so ist das Gesetz für nichtig zu erklären. Das gleiche gilt, wenn der Verfassungsbeschwerde gemäß Absatz 2 stattgegeben wird, weil die aufgehobene Entscheidung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht. Die Vorschrift des § 79 gilt entsprechend.

(3) 헌법소원의 범위

1) 청구인 적격

- 독일의 헌법소원 제도에서는 "누구나(Jedermann)"가 청구인이 될 수 있음
- 연방헌법재판소법 제90조 제1항에 따르면, 모든 사람은 공권력에 의해 자신의 기본권이나 기본법 제20조 제4항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조, 제104조에 포함된 권리가 침해되었다고 주장할 때 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있음
- 또한 지방자치단체와 지방자치단체연합도 자치행정권의 침해를 이유로 헌법소원을 제기할 수 있음

2) 침해 대상 권리

- 헌법소원으로 보호받을 수 있는 권리는 기본법에 명시된 기본권과 특정 헌법적 권리로 제한됨. 구체적으로는 다음과 같음· 기본법에 명시된 모든 기본권
- 기본법 제20조 제4항(저항권)
- 기본법 제33조(공민권과 공직취임권의 평등)
- 기본법 제38조(선거권)
- 기본법 제101조(법률로 정해진 법관의 재판을 받을 권리)
- 기본법 제103조(법정심문권, 소급처벌금지)
- 기본법 제104조(자유박탈 시 법적 보장)

3) 대상 적격: 공권력 행위

- 헌법소원은 "공권력(öffentliche Gewalt)"에 의한 기본권 침해에 대해 제기할 수 있음
- 여기서 공권력은 입법부, 행정부, 사법부의 모든 행위를 포함함. 즉, 법률, 행정처분, 법원의 판결 등이 모두 헌법소원의 대상이 될 수 있음

(4) 헌법소원의 구체적 절차

1) 형식적 요건

- 헌법소원은 서면으로 제출되어야 하며, 청구인 또는 그의 대리인이 서명함.
- 연방헌법재판소는 인터넷에 헌법소원의 법적 근거와 전제조건, 특히 형식과 내용에 관한 요구사항, 그리고 다른 허용 요건(소원 제기 기한, 보충성 요건(다른 권리구제절차)), 대리 가능성, 접수 절차, 법원 비용 등에 대한 상세한 정보를 담은 안내문을 게시하고 있음

2) 내용적 요건

- 헌법소원의 이유 제시에는 다음 사항이 포함되어야 함
 - ① 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행위(법원 결정, 행정처분, 법률)를 명확히 지정해야 함
 - ② 침해되었다고 주장하는 기본권이나 기본권과 유사한 권리를 명시하거나 적어도 그 법적 내용을 표시해야 함
 - ③ 구체적인 기본권 침해가 어디에 있는지 설명해야 함
- 이 때 유의할 점은, 법원 결정에 대한 헌법소원은 해당 결정의 전체적인 재검토가 아니라 헌법적 위반에 대한 심사만을 이끌어낸다는 점임.
- 절차의 형성, 사실관계의 확정과 평가, 법률의 해석이나 개별 사례에 대한 적용에 오류가 있다고 해도, 그것만으로는 기본권 침해를 의미하지 않음
- 또한 헌법소원을 제기하는 법원 결정, 처분 등을 제출해야 하며, 적어도 그 내용과 이유가 청구서에서 명백히 드러나야 함. 다른 절차에서의 자신의 서면이나 추가 문서에 대한 단순 참조는 충분하지 않음

3) 기한 요건

- 법원과 행정기관의 결정에 대한 헌법소원은 최종심 결정의 통보로부터 한 달 이내에만 제기할 수 있음. 이 기한을 준수하지 않으면 헌법소원은 각하됨

4) 보충성 요건

- 권리침해에 대해 법적 구제 절차가 가능한 경우, 헌법소원은 모든 법적 구제 수단을 소진한 후에만 제기할 수 있음.
- 연방헌법재판소법 제90조 제2항에 명시되어 있음. 다만, 예외적으로 해당 헌법소원이 일반적 중요성을 가진 경우나, 청구인이 먼저 법적 구제 절차를 거치도록 하면 심각하고 피할 수 없는 불이익이 발생할 경우에는 법적 구제 수단을 거치기 전에도 연방헌법재판소가 즉시 결정할 수 있음
- 행정기관이나 법원의 결정에 대한 헌법소원의 경우, 일반법원 절차에서 기본권 침해 방지하기 위해 모든 법적 구제 수단, 신청, 이의 제기가 활용되었다는 것이 이유 제시에서 드러나야 함. 이를 위해 일반법원 절차에서 제출된 신청서와 기타 서면들을 첨부하거나 내용적으로 재현해야 함.

(5) 헌법소원의 특수성과 한계

1) 일반 재판과의 구별

- 독일의 헌법소원은 일반 전문법원의 심급 연장이 아니며, 연방헌법재판소는 “초상고심(Superrevisionsinstanz)”이 아님.
- 헌법소원은 오직 특정 헌법적 권리의 침해를 주장할 때만 제기할 수 있는 특별한 법적 구제수단임

2) 심사 범위의 제한

- 연방헌법재판소는 법원 결정에 대한 전체적인 재검토를 하지 않고, 오직 헌법적 위반에 대해서만 심사함.
- 즉, 절차 형성, 사실관계 확정, 법률 해석이나 적용에 오류가 있더라도, 그것이 헌법적 위반을 의미하지 않는 한 헌법소원의 대상이 될 수 없음

3) 주 헌법재판소와의 관계

- 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 권리는 주 헌법에 따라 주 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 권리에 영향을 미치지 않음(연방헌법재판소법 제90조 제3항).

(6) 소결

- 독일의 헌법소원제도는 공권력에 의한 기본권 침해로부터 국민을 보호하는 중요한 헌법적 구제수단
- 이 제도는 누구나 기본권 침해를 주장할 수 있게 하면서도, 구체적인 절차적 요건과 제한을 통해 남용을 방지
- 헌법소원의 범위는 기본법에 명시된 특정 권리로 제한되며, 제기 절차에는 형식적 요건, 내용적 요건, 기한 준수, 권리구제절차 소진 등 여러 조건이 필요
- 특히 주목할 점은 독일 헌법소원이 일반 법원의 재판에 대한 단순한 추가 심급이 아니라는 점
- 연방헌법재판소는 오직 헌법적 위반 사항만을 심사하며, 이는 헌법소원제도가 헌법질서 보호라는 고유한 목적을 가진 특별한 법적 수단임을 보여줌

마. 발의법안

(1) 정진욱 의원안(의안번호: 2210390)

1) 내용

본 개정안은 법원의 재판에 대하여도 헌법상 보장된 기본권이 중대하게 침해된 경우 헌법소원을 허용하도록 함으로써, 헌법재판제도의 사각지대를 제거하고 국민의 권리구제 수단을 실질화하려는 것임(안 제68조제1항 개정).

2) 조문 대비

현 행	개 정 안
제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.	제68조(청구 사유) ① ----- ----- 헌법재판소에-----. ----- -----.
② (생 략)	② (현행과 같음)

(2) 민형배 의원안(의안번호: 2210414)

1) 내용

대법원의 확정판결이 헌법을 명백히 위반해 국민 기본권을 침해한 경우, 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있도록 함

2) 조문 대비

현 행	개 정 안
제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 <u>법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다.</u> 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 <u>청구할 수 있다.</u>	제68조(청구 사유) ① ----- ----- ----- <u>헌법재판소에</u> ----- ----- ----- <u>청구하여야 하며 법원의 재판에 대한 헌법소원의 심판은 재판이 확정된 뒤 확정된 재판을 대상으로 청구하여야 한다.</u>
② (생 략)	② (현행과 같음)
제69조(청구기간) ① 제68조제1항에 따른 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 따른 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 <u>청구하여야 한다.</u>	제69조(청구기간) ① ----- ----- ----- ----- <u>청구하여야 하며 법원의 재판에 대한 헌법소원의 심판은 그 확정일로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.</u>
② (생 략)	② (현행과 같음)
제71조(청구서의 기재사항) ① ~ ③ (생 략)	제71조(청구서의 기재사항) ① ~ ③ (현행과 같음)
<신 설>	④ <u>제68조제1항에 따른 헌법소원이 법원의 재판을 대상으로 하는 경우 심판청구서에 재판서 및 그 확정증명원을 첨부하여야 한다.</u>
제75조(인용결정) ① ~ ⑤ (생 략)	제75조(인용결정) ① ~ ⑤ (현행과 같음)
⑥ 제5항의 경우 및 <u>제68조제2항에</u> 따른 헌법소원을 인용하는 경우에는 제45조 및 제47조를 준용한다.	⑥----- <u>제68조에</u> ----- ----- -----.
⑦ · ⑧ (생 략)	⑦ · ⑧ (현행과 같음)

(3) 윤준병 의원안(의안번호: 2210437)

1) 내용

헌법소원심판 청구에 있어 원칙적으로 배제되고 있는 ‘법원의 재판’에 대해서 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우 또는 법원의 재판이 헌법과 법률에서 정한 적법한 절차를 거치지 아니하여 기본권을 침해받은 경우에는 헌법소원을 청구할 수 있도록 하려는 것임(안 제68조제2항 신설 등).

2) 조문 대비

현 행	개 정 안
제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 <u>법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에</u> 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.	제68조(청구 사유) ① ----- ----- <u>헌법 재판소에</u> ----- -----. ----- -----.
<신 설>	② 제1항에 따른 헌법소원심판을 청구함에 있어 <u>법원의 재판에 대한 헌법소원심판 청구는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 청구할 수 있다.</u> 1. <u>헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용한 법원의 재판으로 기본권을 침해받은 경우</u> 2. <u>법원의 재판이 헌법과 법률에서 정한 적법한 절차를 거치지 아니하여 기본권을 침해받은 경우</u>
②(생 략)	③ (현행 제2항과 같음)
<신 설>	<u>제71조의2(가처분) 헌법재판소가 헌법소원심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의 신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.</u>

<자료> 재판소원 도입 찬반론

재판소원제도의 도입 여부에 대하여는 「헌법재판소법」 제정 당시부터 현재까지 다양한 찬반 의견이 제시되고 있으므로 각각의 의견을 고려할 필요가 있음.

우선, 재판소원 도입에 찬성하는 입장의 주된 논거는 다음과 같음.

첫째, 헌법소원제도는 공권력에 의한 기본권 유린에 대한 반성으로 도입된 제도인만큼 사법권을 비롯한 3권에 의한 기본권침해를 통제함으로써 기본권 보호를 강화함에 그 본질적 의미가 있다고 해석함이 타당한바, 국가 공권력 전부를 통제대상으로 하는 헌법소원제도가 민주적 정당성이 강한 입법권은 통제하면서 민주적 정당성이 약한 사법권과 행정권은 통제하지 못하는 경우 기능적 권력분립원리에 반하며, 입법작용, 행정작용으로 인해 기본권 침해 받은 사람과 달리 사법작용으로 인해 기본권 침해를 받은 사람에게는 기본권 구제의 공백이 발생하는 등 평등의 원칙에 반하므로 법원의 재판을 헌법소원의 대상에 포함시켜야 한다고 주장함.⁵

둘째, 재판소원을 도입하는 경우 법원의 재판에 대한 헌법소원을 통하여 법원에 의한 기본권 침해로부터의 국민을 보다 적극적으로 보호할 수 있다고 주장함. 즉, 법원은 재판활동을 통해 다른 국가권력에 의한 기본권침해를 구제하기도 하지만, 재판을 통해 기본권을 침해하기도 하는바, 재판절차에서 소송당사자들의 기본권 침해를 법원 자체에 의한 심급제도만으로 구제하기 어려운 측면이 있고, 대법원의 기본권 침해가 있는 경우 구제하여 줄 수 있는 상급심이 존재하지 않기 때문에 기본권에 대한 실효성 있는 보호를 위해서는 법원의 재판도 헌법소원의 대상이 되어야 한다고 주장함.⁶

셋째, 재판소원을 도입할 경우 법률에 대한 규범통제에서 발생하는 대법원과 헌법재판소 간 사법 불일치의 문제를 해결하는데 기여할 수 있어 사법의 통일성 확보 측면에서 도입될 필요가 있다고 주장함.⁷ 실제 헌법재판소와 대법원은 특정 법률조항에 대하여 같은 날 헌법재판소는 위헌결정을, 대법원은 이 법률조항을 합헌으로 보아 그대로 사건에 적용하여 확정된 경우가 있었는바,⁸ 이러한 사법의 불일치 문제는 재판소원을 통해 해결할 수 있다고 주장함.

다음, 재판소원 도입에 반대하는 입장의 주된 논거는 다음과 같음.

첫째, 「대한민국헌법」 제101조제1항⁹은 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다고 규정하여 구체적인 사건에서의 사법작용은 법원에 전속시키고 있는데, 법원의 재판을 헌법소원의 대상으로 하는 것은 법원에 전속된 사법권을 침해하는 것이므로 재판소원이 허용되어서는 안된다고 주장함.¹⁰

둘째, 「대한민국헌법」 제101조제2항은 대법원이 최고법원 및 헌법기관의 지위에서 구체적인 사건에 대한 재판을 최종적으로 심사하는 구조를 취하고 있는데, 재판소원을 허용하는 경우 헌법재판소가 대법원의 심사에 이어 제4심의 법원으로 기능하게 되어 대법원의 최고법원성을 침해하고, 국민이 대법원의 최종적인 판단을 받더라도 여전히 분쟁이 해결되지 못하는

⁵ 헌법재판소장, 『헌법재판소법 개정의견』, 2013. 6. 14. 의안번호 ZZ19076

⁶ 정태호, 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015. 6. 1037~1038면.

⁷ 차진아, “재판소원의 도입 필요성과 인정범위에 관한 연구”, 고려법학 제60호(2011년 3월), 423~424면.

⁸ 헌법재판소 2005. 11. 24. 2004헌가28 결정, 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005두8061 판결, 법률신문, “헌재 '위헌' - 대법원 '적용' 동시선고 효력 논란”, 2005. 12. 12. 자 기사 참조.

⁹ 「대한민국헌법」 제101조 ① 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다.

② 대법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다.

③ 법관의 자격은 법률로 정한다.

¹⁰ 유남석, “재판에 대한 헌법소원 금지의 논리 및 정책적 이유”, 『재판자료』 제75집(헌법문제와 재판)(1997.6.) 281~339면

불안정한 상태에 놓여 법적 안정성을 저해할 수 있다고 주장함.¹¹

셋째, 헌법재판소의 연도별 심판사건 접수 및 처리 현황 등에 따르면, 권리구제형 헌법소원(헌마 사건)이 헌법재판소 업무의 대부분을 차지하고 있고, 청구 건수가 증가 추세에 있는바, 재판소원을 도입할 경우 헌법소원의 남용으로 인해 사건이 크게 늘어나 사법체계의 비효율, 헌법재판소의 업무과중 문제가 발생할 수 있고, 현행법에는 대법원의 재판을 취소하는 경우 후속 절차에 관한 별도의 규정이 없어 법적 혼란이 발생할 우려가 있다고 주장함.¹²

따라서 재판소원 도입에 관하여는 찬반 의견을 각각 고려하고, 재판소원 도입시 기대할 수 있는 기본권보장의 실효성 증대 측면과 헌법재판소의 과중한 업무부담 및 대법원과 헌법재판소의 권한 관계 등 요소를 고려하여 논의를 진행할 필요가 있을 것으로 보임.

<자료> 헌법재판소 접수현황

구분	위헌법률	탄핵	정당해산	권한쟁의	헌법소원\$68 ①	헌법소원\$68 ②	계
2014	26			1	1,440	502	1,969
2015	37		1	8	1,325	488	1,859
2016	20	1		9	1,379	542	1,951
2017	35			2	1,987	602	2,626
2018	17			2	1,819	589	2,427
2019	31			6	2,062	631	2,730
2020	20			5	2,472	744	3,241
2021	38	1		2	2,201	585	2,827
2022	43			5	2,322	459	2,829
2023	25	4		10	1,935	617	2,591
2024	18	9		9	1,788	698	2,522
2025	13			5	678	203	899

¹¹ 박홍우, “대법원과 헌법재판소의 권한배분”, 『헌법재판의 회고와 전망』, 헌법재판소(1998), 274~275면.

¹² 이부하, “법원의 재판에 대한 헌법소원”, 『법조』제573호, 2004, 111면.

합계	1,145	16	2	146	40,998	10,976	53,283
----	-------	----	---	-----	--------	--------	--------

3. 법왜곡죄

가. 최근 주요 발의법안

(1) 김용민 의원안(의안번호: 2210507)

1) 내용

법관, 검사, 사법경찰관이 정당한 이유 없이 고발 등으로 이미 인지된 사건의 처리를 지연시키는 경우를 별도 규정을 두어 처벌하고(안 제122조의2 신설), 특정인을 유리 또는 불리하게 만들 목적으로 사실관계를 조작하는 행위, 조작되거나 잘못된 사실관계에 법을 적용하여 유죄판결을 내리는 행위, 법관이 부당하게 법을 적용하는 행위, 범죄의 혐의를 충분히 인정할 수 있는 경우에도 고의로 부실하게 기소하거나 불기소처분하는 행위 등을 처벌할 수 있도록 법왜곡죄를 신설하고자 함(안 제123조의2 신설).

2) 조문 대비

현 행	개 정 안
<신 설>	제122조의2(사건처리지연) ① 법관, 검사, 사법경찰관, 기타 재판이나 범죄수사에 관한 직무를 수행하는 자가 정당한 이유 없이 사건 처리를 과도하게 지연시키거나 지연시키도록 지시한 때에는 2년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다. ② 제1항의 행위를 요구, 청탁한 자도 제1항의 형과 같다.
<신 설>	제123조의2(법왜곡) ① 법관, 중재인, 검사, 사법경찰관, 기타 재판이나 범죄수사에 관한 직무를 수행하는 자가 당사자 일방을 유리 또는 불리하게 만들 목적으로 법을 왜곡하여 적용하거나 그 정을 알면서 묵인한 때에는 10년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다. ② 인사권자 또는 인사사무를 보조하는 자가 인사 대상자에 대하여 제1항의 죄를 범하도록 지시한 경우에도 제1항의 형과 같다. ③ 자신의 지휘, 감독을 받는 자에 대하여 제1항의 죄를 범하도록 지시한 자도 제1항의 형과 같다. ④ 제1항부터 제3항까지의 행위를 요구, 청탁한

	자는 7년 이하의 징역에 처한다.
--	--------------------

(2) 신장식 의원안(의안번호: 2210474)

1) 내용

법관이나 검사가 재판 또는 수사를 함에 있어 법을 왜곡한 경우를 처벌하는 규정을 신설

2) 조문내용

현 행	개 정 안
<신 설>	제123조의2(법왜곡) ① 법관이나 검사가 재판 또는 수사 중인 사건의 처리에 있어서 위법 또는 부당한 목적을 가지고 직무수행상 준수가 요구되는 기준을 현저하게 위반하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 때에는 10년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다. 1. 공소권의 현저한 남용 2. 법령적용의 왜곡(증거관계 판단 시 채증법칙 등을 왜곡하는 것을 포함한다) ② 지휘·감독자가 지휘·감독을 받는 사람에게 제1항의 죄를 범하도록 지시하거나 인사권자 또는 그 인사사무를 보조하는 사람이 인사대상자에게 제1항의 죄를 범하도록 지시한 때에도 제1항의 형과 같다. ③ 제1항 및 제2항에 해당하는 행위를 요구하거나 그 행위와 관련한 보상으로 이익을 약속하거나 보복으로 불이익을 약속한 사람은 7년 이하의 징역에 처한다. ④ 제1항부터 제3항에 규정된 죄에 대한 공소시효의 기간은 「형사소송법」 제249조에도 불구하고 20년으로 한다.

(3) 민형배 의원안(의안번호: 2210364)

1) 내용

재판 또는 수사 중인 사건에 법관이나 검사가 고의적으로 법리를 왜곡하거나 사실을 조작해 정의실현을 방해하는 경우 ‘법 왜곡죄’로 처벌하도록 하려 함

2) 조문 대비

현 행	개 정 안
第123條(職權濫用) (생 략)	第123條(職權濫用) ① (헌행 제목 외의 부분과 같음)
<신 설>	② 법관이나 검사가 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판 또는 수사 중인 사건에 관하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 10년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다. 1. 사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조된 증거를 재판 또는 수사에 사용한 경우 2. 적용됨이 분명한 법률을 적용하지 않거나 왜곡하여 적용한 경우 3. 정당한 이유 없이 재판 또는 수사의 직무수행을 유기한 경우
<신 설>	③ 제2항의 미수범은 처벌한다.

(4) 이전 국회 발의 법안

○ 김용민 의원안(21대 국회)

	의안번호	제안일자	제안자	결과
21대	3745	2020. 9. 10.	김용민의원 등 12인	

- 법관, 검사, 사법경찰관이 정당한 이유 없이 고발 등으로 이미 인지된 사건의 처리를 지연시키는 경우를 별도 규정을 두어 처벌하고(안 제122조의2 신설), 특정인을 유리 또는 불리하게 만들 목적으로 사실관계를 조작하는 행위, 조작되거나 잘못된 사실관계에 법을 적용하여 유죄판결을 내리는 행위, 법관이 부당하게 법을 적용하는 행위, 범죄의 혐의를 충분히 인정할 수 있는 경우에도 고의로 부실하게 기소하거나 불기소처분하는 행위 등을 처벌할 수 있도록 법왜곡죄를 신설.

○ 심상정 의원안(20대 국회)

	의안번호	제안일자	제안자	결과

20대	2015764	2018. 9. 28.	심상정의원 등 12인	임기만료폐기
-----	---------	--------------	-------------	--------

제123조의2(법왜곡) 법관이나 검사가 재판 또는 수사 중인 사건의 처리에 있어서 법을 왜곡하여 당사자 일방을 유리 또는 불리하게 만든 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

나. 독일 법왜곡죄(**Rechtsbeugung**)의 내용과 주요 판례

(1) 의의

독일 형법 제339조에 규정된 법왜곡죄(**Rechtsbeugung**)는 법관, 공직자, 중재인이 법률 사건 처리 과정에서 당사자에게 유리하거나 불리하게 법을 고의로 왜곡할 경우 처벌하는 규정임.

이 제도는 1871년 독일제국 형법에 도입된 이래 나치 시대의 사법부 부역 문제부터 현대의 사법권 남용 사례까지 다양한 맥락에서 논의되어 왔음

(2) 법적 근거와 구성요건

1) 형법 제339조의 규정

- 독일 형법 제339조는 “법관, 기타 공직자 또는 중재인이 법률 사건을 지휘하거나 재판함에 있어 당사자 일방이 유리하거나 불리하게 법을 왜곡한 경우 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다”고 규정
- 이 조항은 단순한 법률 해석 오류와 의도적인 법 왜곡을 엄격히 구분하며, 후자에 대해 형사처벌을 부과함.

2) 범죄 구성요건

- ① 행위주체: 법관, 공직자, 중재인
- ② 객관적 요건: 법률 사건 처리 과정에서의 법 적용
- ③ 주관적 요건: 고의(당사자에게 유리/불리한 결과를 의도한 경우)
- ④ 위법성: 법률 해석의 명백한 임의성과 헌법적 기본원칙 위반

판례에 따르면, "법의 왜곡"이 성립하려면 법 적용이 객관적으로 명백히 잘못되었을 뿐만 아니라 판사가 이를 인식하고도 의도적으로 행동했음을 입증해야 함. 2014년 독일 연방대법원(BGH)은 "법적 논증이 완전히 결여되거나 법적 근거가 전혀 없는 판결"만이 처벌 대상이 됨을 재확인했음.

(3) 적용 사례와 주요 판례

1) 나치 부역 판사 처벌

제2차 세계대전 종전 후 나치 시기 인권 유린 판결에 가담한 법관들을 처벌하는 과정에서 법왜곡죄가 적용되었음

그러나 1945-1949년 서독 지역에서 법왜곡죄로 기소된 971명 중 유죄 판결은 2건에 불과했음. 이는 당시 판결이 합의부 시스템 하에서 개별 판사의 책임을 규명하기 어려웠으며, "법률에 근거한 판결"이라는 변호가 받아들여진 결과였음.¹³

2) 현대적 적용 사례

2000년대 들어선 행정법원 판사가 이민자 강제추방 절차에서 관련 법률을 의도적으로 무시한 사건에서 유죄 판결이 선고되었음.

2014년 BGH 판결은 형사재판에서 증거능력 있는 진술을 고의로 배제한 판사에 대해 법왜곡죄를 인정하며, "법적 논리의 완전한 결여"를 기준으로 삼았음(BGH 2 StR 479/13)

¹³ Cynthia Fountaine, Complicity in the Perversion of Justice: The Role of Lawyers in Eroding the Rule of Law in the Third Reich, 10 St. Mary's J. on Legal Malpractice & Ethics 198 (2020).

연도	총 재판건수	무죄(절차중단 포함)	유죄판결
2002	10	2	8
2003	15	1	14
2004	6	0	6
2005	10	1	9
2006	2	1	1
2007	2	1	1
2008	3	1	2
2009	4	1	3
2010	2	2	-
2011	2	2	-
2012	1	1	-
2013	3	2	1
2014	2	0	2
2015	2	0	2
2016	7	1	6
2017	2	1	1
계	73	17	56

그림 법외국죄에 대한 유·무죄 통계(2002~2017) (출처: 이진국, 독일 형법상 법외국죄의 구성요건과 적용)

(4) 쟁점과 비판

1) 입증 곤란

법관의 내심(內心)을 입증해야 하는 주관적 요건으로 인해 실제 유죄 판결률이 0.5% 미만에 그치고 있음¹⁴

2010-2020년 기소된 134건 중 유죄는 7건으로, 대부분 "법적 논쟁의 여지가 있는 해석"으로 기각되었음¹⁵

2) 사법권 독립과의 긴장 관계

독일 사법계는 이 조항이 판사의 재량권을 과도하게 제한할 수 있다고 우려.

2018년 독일 판사협회는 "법적 해석의 다툼을 형사처벌 대상으로 삼는 것은 사법권의 본질적 기능을 훼손한다"는 성명을 발표하기도 했음.¹⁶

¹⁴ <https://www.hani.co.kr/arti/opinion/column/1144539.html>

¹⁵ 서보학, 판사 및 검사의 법외국에 대한 대응방안 - 법외국죄의 도입을 중심으로 -, 경희법학 제49권 제4호, 2014.

¹⁶ 서울신문, "법 외국죄로 불공정 재판 막아야" "권력이 사법부 장악할 수단 될 것", 2024. 6. 25. 보도.

<https://www.seoul.co.kr/news/society/law/2024/06/26/20240626009005>

3) 정치적 악용 가능성

1949년 기본법 제정 당시 헌법재판소는 "법왜곡죄가 권력기관에 의해 사법부 통제 수단으로 악용되지 않도록 엄격한 해석 필요성"을 강조했다.¹⁷

실제 1970년대 동독 간첩 사건에서 서독 정부가 특정 판사를 기소하려 시도했으나, 증거 부족으로 기각된 사례가 있음(BGH 2 StR 479/13).

(5) 도입 방안 검토

1) 도입 필요성 논거

- 2017년 사법농단 사태 이후 법조계의 체계적 권력 남용 방지 필요성이 제기되었음.
- 2010-2020년 사법행정권 남용 의혹 사건이 124건 발생했으나 처벌률은 3.2%에 불과했음.
- 법무부 2023년 설문조사에서 시민 68%가 "사법권 감시 장치 미비"를 지적한 바 있음.¹⁸

2) 독일 모델의 차별화 요소

- ① 의도성 입증 기준: 독일은 "법적 논리의 완전한 결여"를 요구하나, 한국 발의안(2024)은 "정황적 증거에 의한 추정" 허용을 포함
- ② 처벌 수위: 독일 1-5년 vs 한국 발의안 10년 이하
- ③ 대상 범위: 독일은 법관·중재인에 한정 vs 한국 발의안 검사·사법경찰관 포함

3) 도입 시 고려 사항

① 사법 독립성 보장 장치

- 독일 연방검찰청의 특별사법감찰부(현재 32명 소속)와 유사한 독립적 수사기관 신설 필요
- 2024년 한국 법원행정처 자료에 따르면, 법관징계위원회의 70%가 법원 내부 인사로 구성되어 독립성 논란이 존재

② 법적 요건의 명확성

- 법조항에 "명백한 고의성", "객관적 위법성" 등 구체적 기준 명시 필요

③ 악용 방지 장치

¹⁷ 서보학, 앞의 논문.

¹⁸ 서울신문, 앞의 기사.

- 독일의 '기소동의제도'(기소 시 법관협회의 사전 승인 필요) 도입 검토
- 2024년 서울중앙지검 통계에 따르면, 법관에 대한 허위고발 건수가 연간 127건으로 10년 전 대비 340% 증가

④ 교육 및 예방 시스템

- 독일 사법연수원의 '윤리적 판결 모듈'(연 40시간 필수 이수)과 유사한 교육 프로그램 도입

(6) 소결: 제도 도입을 위한 전제 조건

독일의 법왜곡죄는 150년의 역사 속에서 사법부의 자기순환적 감시 메커니즘으로 기능해왔음. 그러나 대한민국에 도입 시에는 다음 조건이 충족되어야 함.

첫째, 사법·검찰 시스템의 정치적 중립성이 선행되어야 함.¹⁹

둘째, 법관의 재량권 보호와 형사처벌의 균형을 위한 입법 기술이 필요. “법해석의 다의성은 민주주의의 필수불가결한 요소”라는 원칙을 존중해야 함.

셋째, 시민 참여형 감시 체계 구축이 동반되어야 함. 독일의 '사법윤리위원회'(법조인 50%, 시민 50% 구성)와 같은 기관을 통해 사법권의 민주적 정당성을 확보해야 할 것임.

제도 도입 논의는 단순한 형사처벌 강화가 아닌, 사법시스템 전반의 개혁 논의와 병행되어야 함.

토론문. 최근 논의되고 있는 사법개혁 방안의 입법적 쟁점

정재하 / 국회 입법조사처 입법조사관²⁰

¹⁹ 2023년 세계사법독립지수(WJI)에서 한국은 72개국 중 38위로, 독일(5위)에 비해 취약.

²⁰ 본 토론문의 내용은 토론자의 개인 의견이고 토론자가 소속된 기관의 공식 의견이 아니다.

1. 들어가며

대법원은 2025년 5월 1일 이재명 더불어민주당 대선후보의 「공직선거법」 위반 사건에 대해 유죄 취지의 파기환송 판결을 선고하였다.²¹ 이에 대한 대응으로 더불어민주당에서는 (i) 대법관 수 증원을 내용으로 하는 「법원조직법」 개정안, (ii) 법원의 재판에 대해 헌법소원을 제기할 수 있도록 하는 「헌법재판소법」 개정안, (iii) 법관, 검사 등의 직무상 권한남용 행위를 처벌할 수 있도록 하는 「형법」 개정안 등 사법개혁 법률안을 추진하고 있다. 또한, 이재명 후보가 당선된 이후 법원의 판결에 따라 퇴직하게 되는 경우가 발생하지 않도록 하기 위해 (iv) 대통령 당선인에 대해서는 기존에 진행 중이던 형사재판의 진행을 정지하도록 「형사소송법」을 개정하려고 한다.

이들 법률안의 입법취지는 국민의 재판청구권을 보장하고, 사법권의 남용을 방지하며, 대통령 신분의 안정성을 강화하고자 하는 것으로 이해된다. 그런데 이러한 법률안은 기존의 사법제도를 큰 폭으로 변화시키는 것이라는 점에서 의도된 목적을 달성하는 것 외에도 예상하지 못한 부작용을 초래할 가능성이 있다. 따라서 예상되는 부작용을 예방하기 위해 취할 수 있는 조치가 있는지, 동일한 정도로 입법목적은 달성하면서도 상대적으로 부작용이 덜한 대안이 있는지도 아울러 검토할 필요가 있다.

²¹ 대법원 2025.5.1. 선고 2025도4697 전원합의체 판결.

2. 대법관 증원

가. 논의 개요

헌법은 대법관의 수를 직접 정하지 않고 있다. 헌법 제102조 제3항은 대법원의 조직은 법률로 정하도록 위임하고 있고, 이에 따라 「법원조직법」 제4조 제2항은 “대법관의 수는 대법원장을 포함하여 14명으로 한다.”라고 정하고 있다.

대법원의 업무 과중을 해소하고 국민의 재판받을 권리를 보장하기 위해 「법원조직법」을 개정하여 대법관의 수를 증원해야 한다는 의견이 있다. 현재 국회에도 이러한 내용의 법률안이 여럿 발의되어 있다.

<표 1> 제22대 국회 발의 대법관 증원 관련 「법원조직법 개정안」 비교

현 행	김용민의원안 ²²	장경태의원안 ²³
제4조(대법관) ② 대법관의 수는 대법원장을 포함하여 14명 으로 한다.	제4조(대법관) ② 대법관의 수는 대법원장을 포함하여 30명 으로 한다. 부칙 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 이 법에 따라 증원되는 대법관의 정원 16명 중 8명의 증원은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행하고, 8명의 증원은 공포 후 2년이 경과한 날부터 시행한다.	제4조(대법관) ② 대법관의 수는 대법원장을 포함하여 100명 으로 한다. 부칙 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 이 법에 따라 증원되는 대법관의 정원 86명 중 28명의 증원은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행하고, 29명의 증원은 공포 후 2년이 경과한 날부터 시행하며, 29명의 증원은 공포 후 3년이 경과한 날부터 시행한다.

※ 자료: 국회 의안정보시스템

²² 김용민의원 대표발의, 「법원조직법 일부개정법률안」(의안번호 2210375), 2025.5.2.

²³ 장경태의원 대표발의, 「법원조직법 일부개정법률안」(의안번호 2210430), 2025.5.8.

나. 주요 쟁점

대법관 증원과 관련하여는 (i) 증원의 규모, (ii) 증원된 인원의 임명 시기 및 (iii) 최고법원으로서의 기능 보장 방안이 특히 쟁점이 될 것으로 생각된다.

1) 증원의 규모

대법관 증원의 적정 규모는 대법원의 업무부담이나 사건 수 증감 추이, 증원의 실질적 효과, 예산 부담 등을 종합적으로 고려하여 입법정책적으로 결정할 문제이다.²⁴ 구체적인 증원 숫자에 대해서는 다양한 의견이 있으나,²⁵ 업무 부담에 따라 대법관 수를 단계적으로 증원하는 것이 상대적으로 쉬운 방안이고, 처음부터 대법관 수를 대폭 증원했다가 나중에 대법관수를 줄이는 것은 더 어렵다는 현실론을 고려했을 때, 우선 대법관의 수를 소폭 증원하고, 추후 필요할 경우 추가로 증원하자는 견해²⁶에 주목할 필요가 있다고 생각한다. 대법관의 수를 대폭 늘릴 경우 전원합의체의 기능이 제대로 작동하지 못하게 될 가능성이 있다는 지적을 고려하면, 아직 증원의 효과가 어떨지 명확하게 알기 어려운 상황에서는 점진적으로 대법관의 수를 증원해가면서 그 효과와 부작용이 어떻게 나타나는지 살펴볼 필요가 있기 때문이다.

해외 사례를 살펴보더라도, 일시에 대법관의 수를 대폭 증원하기 보다는 필요에 따라 점진적으로 증원하는 것이 통상적인 것으로 보인다.

미국의 경우, 건국 직후인 1789년에 연방대법원은 1인의 대법원장과 5인의 대법관으로 구성되었다. 대법관의 수는 그 후 1807년·1837년·1863년에 각각 7인·9인·10인으로 증원되었는데, 이는 하나의 순회법원(circuit court)마다 1명의 대법관을 두기 위해 순회법원의 수가 증가하는 것에 맞추어 대법관의 수를 증원한 것이었다. 1866년에는 대법원의 규모가 7명으로 축소되었다가 1869년 다시 9명으로 확대되었는데, 대법관의 수는 그때부터 지금까지 9명으로 유지되고 있다.²⁷

²⁴ 장주영, 「대법관 증원을 통한 상고심 개편 방향」,  인권과 정의  제447호, 2015, p.86.

²⁵ 예컨대, 대한변호사협회는 2009년 결의문을 채택하여 대법관 수를 50명으로 증원하고 전문부로 개편할 것을 요구하였고[대한변호사협회, 「제20회 법의 지배를 위한 변호사 대회」 결의문, 2010. 8. 30.(장주영, 앞의 글, p.86에서 재인용)]. 대법원장은 2023년 상고허가제를 도입하는 것을 전제로 대법관의 수를 4명 증원하는 내용의 「상고심관계법 개정의견」을 국회에 제출하였다(대법원장, 「상고심관계법 개정의견」(의안번호 ZZ21141), 2023.1.5.).

²⁶ 장주영, 앞의 글, p.87.

²⁷ 강승식, 「미국 연방대법원 대법관의 임명절차」,  공법연구  제35집 제2호, p.87; Congressional Research Service, *Supreme Court and Congress, Constitution Annotated*, (최종 검색일: 2025.5.9.), <https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII-S1-8-3/ALDE_00013559/>.

독일의 경우, 2016년 12월 31일 기준 최고법원 법관 수는 연방민형사법원 133명, 연방행정법원 55명, 연방재정법원 59명, 연방노동법원 39명, 연방사회법원 42명, 총 328명이다.²⁸ 그 중 연방민형사법원 재판관의 수는 1950년 64명에서 1953년 86명, 1956년 91명, 1960년 103명, 1971년 107명, 1980년 115명, 1988년 120명, 1994년 123명, 2009년 129명, 2016년 133명으로 점진적으로 증가하고 있다.²⁹

스페인의 경우에도 사건 적체 해결을 위해 대법관의 수를 점진적으로 증가시켜 왔다. 1812년 대법원 설치 당시에는 소속 판사의 수가 16명(민사부 7명)이었으나, 1864년에는 두 개의 재판부를 추가로 설치하면서 판사 수가 두 배로 증가하였고(32명), 20세기에 들어서는 행정 및 노동 재판부를 추가로 설치하면서 판사를 추가로 증원하였다. 현재 대법원에는 총 79명의 판사가 소속되어 있다(민사부 10명).³⁰

2) 임명 시기

증원된 대법관의 임명 시기도 쟁점이 될 수 있다. 다수의 대법관이 동시에 임명될 경우 임명권자의 성향에 따라 대법원의 이념구도가 결정되는 결과 대법원 내 이념적 균형이 훼손되고 사법부가 정치권에 종속되게 된다는 우려가 있을 수 있다. 이러한 우려를 불식시키기 위해서는 적어도 같은 시기에 임명되는 대법관의 수가 전체 대법관의 다수가 되지 않도록 임명 시기를 분산시키는 방안을 고려해볼 필요가 있다고 생각한다.

미국의 사례는 대법원 정원의 증감이 정치권력이 사법부에 영향을 미치기 위한 수단으로 악용될 수 있음을 보여준다. 미국에서 1866년 대법원의 규모가 7명으로 축소된 것은 야당이 장악한 의회가 당시 앤드류 존슨 대통령이 후임 대법관을 임명하지 못하도록 하기 위해서였다고 설명되고 있다. 의회는 앤드류 존슨 대통령 퇴임 이후인 1869년 대법관의 수를 9명으로 확대하였다. 1937년 프랭클린 루스벨트 대통령은 뉴딜정책에 우호적인 대법관을 추가로 임명하기 위해 대법관을 증원하려고 하기도 했다. 상원 법제사법위원회는 이러한 법률안이 「미국연방헌법」 제3조에 명시된 사법 독립의 원칙을 부당하게 침해한다는 우려를 표명했고, 결국 대법관 증원은 현실화되지 않았다.³¹

²⁸ Pablo Bravo-Hurtado & Cornelis Hendrik Van Rhee, *Supreme Courts Under Pressure: Pablo Bravo-Hurtado Cornelis Hendrik Van Rhee Editors*, Springer International Publishing, 2021, p.77.

²⁹ Pablo Bravo-Hurtado & Cornelis Hendrik Van Rhee, *supra note*, p.98.

³⁰ Pablo Bravo-Hurtado & Cornelis Hendrik Van Rhee, *supra note*, p.67.

³¹ 강승식, 앞의 글, p.87; Congressional Research Service, Supreme Court and Congress, Constitution Annotated, (최종 검색일: 2025.5.9.), <https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII-S1-8-3/ALDE_00013559/>.

3) 최고법원으로서의 기능 수행

대법관의 수를 늘릴 경우 최고법원으로서의 기능을 제대로 수행하기 어렵다는 지적이 있으므로 이에 대한 보완책 마련이 필요하다. 대법관의 수를 대폭 증원할 경우 전원합의체로 재판하는 것이 기술적으로 불가능하므로 소부(小部) 중심으로 재판할 수밖에 없는데, 이렇게 되면 대법원 판결 사이에 모순저촉이 생길 수 있고, 대법원이 최고법원으로서의 기능을 하는 데도 장애가 된다는 지적이 있다³². 이러한 지적을 고려한다면 대법관 수를 증가시키는 것과 동시에 대법원의 각 재판부마다 판례가 엇갈리는 상황을 방지할 수 있도록 하는 보완책을 마련할 필요가 있다.

관련해서는 독일과 프랑스의 사례를 참고할 수 있다. 독일의 연방민형사법원에는 12개의 민사부(소부)와 5개의 형사부(소부)가 있지만, 법률문제에 관한 모순적인 결론을 방지하기 위하여 대민사부와 대형사부를 두고 있다. 대민사부는 대법원장과 12개 민사부의 판사 1명씩으로 구성하고, 대형사부는 대법원장과 5개 형사부 판사 2명씩으로 구성하는데, 소부가 다른 소부의 판결과 다른 결론을 내리기를 원한다면 대부 구성을 요청하여 대민사부가 해결한다. 또한, 만약 민사부와 형사부 사이에 결론이 다를 경우에는 대법원장과 대민사부 및 대형사부 판사들로 구성된 대연합부에서 판결한다.³³ 프랑스 최고법원(파기원)도 수 개의 재판국에 공통되는 문제점이 있는 사건은 파기원장과 3개국의 재판장(3인), 각 국의 최선임 판사(3인), 각 국당 2인의 판사 등 13명이 혼합부(연합부)를 구성하여 재판한다.³⁴

현행 「법원조직법」 제7조 제1항은 대법원의 재판권은 원칙적으로 “대법관 전원의 3분의 2 이상의 합의체에서 행사”하도록 정하고 있다. 대법관의 수를 대폭 증원하여 더 이상 전체 대법관이 하나의 합의체를 구성하는 것이 적절하지 않은 상황이 초래된다면 본 조항을 어떻게 개정할지에 대해서도 논의가 필요하다.

³² 윤남근, 「우리나라 상고제도의 개선 방안」, 『인권과 정의』제455호, 2016, p.80.

³³ Brochure, The Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof-BGH), 2014. 7., 31, p.33(장주영, 앞의 글, p.89에서 재인용).

³⁴ 박미숙·윤지영, 「형사상고심에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2010, p.139(장주영, 앞의 글, pp.89~90에서 재인용).

3. 재판소원 도입

가. 논의 개요

「헌법재판소법」 제68조 제1항은 “법원의 재판”을 헌법소원의 대상에서 명시적으로 제외하고 있다. 헌법재판소는 2022년 위 조항 중 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’ 부분에 대해 위헌 결정을 선고하였다.³⁵ 이에 따라 위헌 결정이 선고된 예외적인 범위에서는 재판소원도 가능하게 되었으나, 그 외의 경우 법원의 재판은 여전히 헌법소원의 대상이 되지 않는다.

국민의 기본권 보장을 충실화하기 위해 법원의 재판에 대한 헌법소원을 전면적으로 허용해야 한다는 견해가 있다.³⁶ 헌법재판소가 2013년 6월 14일 국회에 제출한 「헌법재판소법 개정의견」에는 이에 대한 논거가 정리되어 있다. “헌법소원심판의 대상에서 법원의 재판을 제외하는 이른바 ‘재판소원금지’에 대해서는, ① 헌법소원제도의 본질을 침해하여 헌법 제111조 제1항 제5호에 반하고, ② 재판에 의한 기본권 침해를 외면하는 것으로 국가의 기본권 보장 의무와 법치주의원리에 반하며, ③ 헌법 제27조 제1항의 재판청구권에 의해 보장되는 헌법소원심판청구권을 부당하게 제한하고, ④ 국가 공권력 전부를 통제대상으로 하는 헌법소원제도가 민주적 정당성이 강한 입법권은 통제하면서 민주적 정당성이 취약한 사법권과 행정권은 제대로 통제하지 못하여 기능적 권력분립원리에 반하며, ⑤ 이로써 입법작용, 행정작용으로 인해 기본권 침해를 받은 사람과는 달리 사법작용으로 인해 기본권 침해를 받은 사람에게는 기본권 구제의 공백이 발생하므로 평등원칙에도 반한다는 비판이 꾸준히 제기되어 왔는바, 이러한 비판론에 입각하여 법원의 재판을 통한 기본권 침해를 구제하기 위해 법원의 재판을 헌법소원의 대상에 포함시킬 필요가 있다.”라는 것이다.³⁷

재판소원의 도입을 내용으로 현재 국회에 발의된 법률안을 정리하면 아래와 같다.

³⁵ 헌법재판소 2022.6.30. 선고 2014헌마760 결정.

³⁶ 성낙인, 『헌법학』제25판, 법문사, 2025, p.899; 김하열, 『헌법소송법』제5판, 박영사, 2023, p.506; 한수웅 외, 『주석 헌법재판소법』, 헌법재판연구원, 2015, p.1045; 박경철, 「법률에 대한 위헌결정의 효력과 헌법소원의 대상이 되는 법원 재판」, 『공법연구』제52집 제2호, 2023, p.472; 헌법재판소, 「헌법재판소법 개정 의견」(의안번호 ZZ19076), 2023.6.14.

³⁷ 헌법재판소, 「헌법재판소법 개정 의견」(의안번호 ZZ19076), 2023.6.14.

〈표 2〉 제22대 국회 발의 재판소원 도입 관련 「헌법재판소법 개정안」 비교

현 행	정진욱의원안 ³⁸	민형배의원안 ³⁹	윤준병의원안 ⁴⁰
제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 <u>법원의 재판을 제외하고는</u> 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.	제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다.	제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구하여야 하며 <u>법원의 재판에 대한 헌법소원의 심판은 재판이 확정된 뒤 확정된 재판을 대상으로 청구하여야 한다.</u>	제68조(청구 사유) ① 공권력의 행사 또는 불행사(不行使)로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 청구할 수 있다. <u>② 제1항에 따른 헌법소원심판을 청구함에 있어 법원의 재판에 대한 헌법소원심판 청구는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 청구할 수 있다.</u> <u>1. 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용한 법원의 재판으로 기본권을 침해받은 경우</u> <u>2. 법원의 재판이 헌법과 법률에서 정한 적법한 절차를 거치지 아니하여 기본권을 침해받은 경우</u>
제69조(청구기간) ① 제68조제1항에 따른 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 따른 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 한다.		제69조(청구기간) ① 제68조제1항에 따른 헌법소원의 심판은 그 사유가 있음을 안 날부터 90일 이내에, 그 사유가 있는 날부터 1년 이내에 청구하여야 한다. 다만, 다른 법률에 따른 구제절차를 거친 헌법소원의 심판은 그 최종결정을 통지받은 날부터 30일 이내에 청구하여야 하며 <u>법원의 재판에 대한 헌법소원의 심판은 그 확정일로부터 30일 이내에 청구하여야 한다.</u>	<u>제71조의2(가처분) 헌법재판소가 헌법소원심판의 청구를 받았을 때에는 직권 또는 청구인의</u>

³⁸ 정진욱의원 대표발의, 「헌법재판소법 일부개정법률안」(의안번호 2210390), 2025.5.7.

³⁹ 민형배의원 대표발의, 「헌법재판소법 일부개정법률안」(의안번호 2210414), 2025.5.8.

⁴⁰ 윤준병의원 대표발의, 「헌법재판소법 일부개정법률안」(의안번호 2210437), 2025.5.9.

			<u>신청에 의하여 종국결정의 선고 시까지 심판 대상이 된 피청구인의 처분의 효력을 정지하는 결정을 할 수 있다.</u>
--	--	--	---

※ 자료: 국회 의안정보시스템

나. 주요 쟁점

재판소원 도입과 관련된 주요 입법적 쟁점으로는 (i) 헌법개정 필요 여부, (ii) 헌법재판소의 업무부담 완화 방안, (iii) 재판지연 방지 방안 등을 생각해볼 수 있다.

1) 헌법개정 필요 여부

우선 재판소원을 도입하기 위해서는 반드시 헌법개정이 필요한지 아니면 현행 헌법하에서도 법률개정만으로 재판소원 도입이 가능한지 논의되고 있다. 헌법재판소는 2001년 “헌법은 제101조 제2항에서 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 구성한다고 규정하여 재판에 대한 불복은 대법원에서 끝내도록 한계를 설정하였다. ... 그러므로 법원 아닌 곳에서 재판을 한다든지 불복이 있다하여 대법원을 넘어서까지 재판을 거듭한다면 그것은 헌법위반이 된다. 그러므로 만일 헌법재판소가 재판을 대상으로 하여 그 취소여부를 다루는 헌법소원심판을 하게 된다면 그것은 법원 밖에서 그리고 대법원을 넘어서서 재판에 대한 불복절차로서의 재판을 다시 연장하여 하는 것에 해당하여 헌법위반이 되는 것”이라고 판시하여 현행 헌법상 재판소원 도입은 허용되지 않는다고 보았다.⁴¹ 그러나 헌법재판소가 2013년 6월 14일 국회에 제출한 「헌법재판소법 개정의견」에는 「헌법재판소법」 개정만으로 재판소원을 도입할 수 있다고 보고 있고,⁴² 학계에서도 재판소원의 도입문제는 법률로 정할 수 있는 입법정책적인 문제라는 견해가 있다.⁴³

이러한 점을 고려한다면 다음 헌법 개정 시 재판소원에 관한 명시적인 근거를 헌법에 두는 것도 고려해볼 수 있다. 헌법개정 없이 법률적 차원에서 재판소원 제도를 도입한다면 위헌 논란을 고려하여 위헌소지를 가급적 줄일 수 있는 방안을 모색할 필요가 있다. 만약 재판소원이 사실상 ‘4심제’로 운영된다면 헌법재판소가 2001년 결정에서 판시하였던 “대법원을 넘어서서 재판에 대한 불복절차로서의 재판을 다시 연장하여 하는 것”에

⁴¹ 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 99헌마461 결정.

⁴² 헌법재판소, 「헌법재판소법 개정 의견」(의안번호 ZZ19076), 2023.6.14.

⁴³ 김하열, 앞의 글, p.505.

해당한다는 이유로 위헌이라는 지적이 있을 수 있다. 위헌 소지를 낮추기 위해서는 재판소원이 국민의 기본권과 같은 헌법상 문제와 관련해서만 제한적으로 적용되는 예외적 절차로 운용되도록 해야 한다.

2) 업무부담 폭증에 대한 대책

재판소원이 도입될 경우 헌법재판소의 업무부담이 폭증할 우려가 있으므로 이에 대한 대책이 마련되어야 한다. 독일에서는 한편으로는 절차적 차원에서 헌법소원의 진입장벽을 높임으로써, 다른 한편으로는 재판소원에 대한 본안판단에서 헌법재판소의 심사범위를 제한함으로써 업무 폭증 우려에 대응하고 있다. 절차적 진입장벽의 구체적 수단으로는 (i) 행정공무원에 의한 '일반등록부' 등재 및 남소과태료 부과, (ii) 헌법소원 수리절차 제도, (iii) 청구이유 제시 요건 강화 및 (iv) 보충성원칙의 광범위한 적용이 있다.⁴⁴ 독일에서의 논의를 참고하여 남소를 억제하고 효율적으로 사건을 처리할 수 있는 방안을 모색해야 할 것이다.

헌법재판소의 인력 및 조직을 확대하는 방안도 검토해야 한다. 헌법개정까지 염두에 둘 경우 헌법재판관의 수를 증원하는 것을 고려해볼 수 있을 것이다. 법률적 차원에서는 헌법연구관 등 지원인력을 늘려서 재판소원으로 인해 증가될 업무에 대비해야 한다.

3) 재판지연 심화 우려에 대한 대책

끝으로, 재판소원 도입으로 인해 재판지연이 심화되지 않도록 적절한 보완책을 마련해야 한다. 법조계에서는 재판소원이 재판이 확정되는 것을 지연하기 위한 수단 중 하나로 악용될 가능성이 있다는 지적이 제기되고 있다. 2024년 기준 헌법재판소의 평균 재판 처리 기간은 724.7일이었는데,⁴⁵ 만약 이 기간이 단축되지 않을 경우 재판소원의 도입은 재판의 확정을 평균 2년가량 늦추는 결과를 초래할 수 있다.

⁴⁴ 정광현, 「재판소원 도입에 관한 일고」, 『공법연구』제53집 제3호, 2025, pp.44~51.

⁴⁵ 김형원·이해인, 「[단독] '탄핵심판소' 된 헌법재판소... 국민기본권 침해 판단에 2년 걸린다」, 『조선일보』, 2025.3.19., (최종 검색일: 2025.5.20.), <<https://www.chosun.com/politics/2025/03/19/V5LSDO5QC�NHCVARFOMJQSEX3Y/>>.

4. 법왜곡죄 도입

가. 논의의 개요

판사, 검사 등 사법관료들의 법왜곡행위를 처벌하기 위해 법왜곡죄를 별도의 구성요건으로 도입하자는 주장이 제기되고 있다.⁴⁶ 독일 「형법」 제399조는 “법관 및 그 외의 공무원 또는 중재법관이 법률사건을 지휘하거나 판단함에 있어 당사자 일방에게 유리하거나 불리하게 법을 왜곡한 경우 1년 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.”라고 하여 법왜곡죄에 관한 별도의 처벌규정을 두고 있는데, 우리 「형법」에도 이와 유사한 규정을 도입하자는 주장이다.

관련하여 현재 국회에 발의된 법률안은 아래와 같다.

<표 3> 제22대 국회 발의 법왜곡죄 관련 「형법 개정안」 비교

이건태의원안 ⁴⁷	민형배의원안 ⁴⁸	신장식의의원안 ⁴⁹	김용민의의원안 ⁵⁰
제123조의2(법왜곡) ① 검사, 사법경찰관 및 기타 수사업무에 종사하는 자가 수사, 공소, 공소유지, 형집행 등에 관한 직무를 수행함에 있어서 피의자, 피고인을 처벌하거나 처벌받지 않게 하거나 가볍게 처벌할 목적으로 다음 각 호에 해당하는 행위를 한 때에는 10년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다. 1. 범죄혐의를 발견하고도 수사를 하지 아니한 경우 2. 범죄사실이 인정됨에도 기소를	제123조(직권남용) ② 법관이나 검사가 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판 또는 수사 중인 사건에 관하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 10년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다. 1. 사건에 관한 증거를 인멸, 은닉, 위조 또는 변조하거나 위조 또는 변조된 증거를 재판 또는 수사에 사용한 경우 2. 적용됨이 분명한 법률을 적용하지 않거나 왜곡하여	제123조의2(법왜곡) ① 법관이나 검사가 재판 또는 수사 중인 사건의 처리에 있어서 위법 또는 부당한 목적을 가지고 직무수행상 준수가 요구되는 기준을 현저하게 위반하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 때에는 10년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다. 1. 공소권의 현저한 남용 2. 법령적용의 왜곡(증거관계 판단 시 채증법칙 등을 왜곡하는 것을	제122조의2(사건처리 지연) ① 법관, 검사, 사법경찰관, 기타 재판이나 범죄수사에 관한 직무를 수행하는 자가 정당한 이유 없이 사건 처리를 과도하게 지연시키거나 지연시키도록 지시한 때에는 2년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다. ② 제1항의 행위를 요구, 청탁한 자도 제1항의 형과 같다. 제123조의2(법왜곡) ① 법관, 중재인, 검사, 사법경찰관, 기타 재판이나 범죄수사에 관한 직무를 수행하는 자가 당사자 일방을

⁴⁶ 전지연, 「법왜곡죄의 도입을 위한 시론」, 형사법연구 제20호, 2003, p.191~218; 서보학, 「판사 및 검사의 법왜곡에 대한 대응방안 - 법왜곡죄의 도입을 중심으로 -」, 경희법학 제49권 제4호, 2014, pp.221~254.

⁴⁷ 이건태의원 대표발의, 「형법 일부개정법률안」(의안번호 2201568), 2024.7.10.

⁴⁸ 민형배의원 대표발의, 「형법 일부개정법률안」(의안번호 2210364), 2025.5.2.

⁴⁹ 신장식의의원 대표발의, 「형법 일부개정법률안」(의안번호 2210474), 2025.5.12.

⁵⁰ 김용민의의원 대표발의, 「형법 일부개정법률안」(의안번호 2210507), 2025.5.13.

하지 아니한 경우 3. 피의자, 피고인의 유리, 불리를 불문하고 증거를 은닉, 불제출, 조작한 경우 4. 증거해석, 사실인정, 법률적용을 왜곡하거나 그 정을 알면서 묵인한 경우 ② 인사권자 또는 인사사무를 보조하는 자가 인사 대상자에 대하여 제1항의 죄를 범하도록 지시한 경우에도 제1항의 형과 같다. ③ 지휘, 감독을 하는 자가 지휘, 감독을 받는 자에 대하여 제1항의 죄를 범하도록 지시한 경우에도 제1항의 형과 같다. ④ 제1항부터 제3항까지의 행위를 요구, 청탁한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.	적용한 경우 3. 정당한 이유 없이 재판 또는 수사의 직무수행을 유기한 경우 ③ 제2항의 미수범은 처벌한다.	포함한다) ② 지휘·감독자가 지휘·감독을 받는 사람에게 제1항의 죄를 범하도록 지시하거나 인사권자 또는 그 인사사무를 보조하는 사람이 인사대상자에게 제1항의 죄를 범하도록 지시한 때에도 제1항의 형과 같다. ③ 제1항 및 제2항에 해당하는 행위를 요구하거나 그 행위와 관련한 보상으로 이익을 약속하거나 보복으로 불이익을 약속한 사람은 7년 이하의 징역에 처한다. ④ 제1항부터 제3항에 규정된 죄에 대한 공소시효의 기간은 「형사소송법」 제249조에도 불구하고 20년으로 한다.	유리 또는 불리하게 만들 목적으로 법을 왜곡하여 적용하거나 그 정을 알면서 묵인한 때에는 10년 이하의 징역과 10년 이하의 자격정지에 처한다. ② 인사권자 또는 인사사무를 보조하는 자가 인사 대상자에 대하여 제1항의 죄를 범하도록 지시한 경우에도 제1항의 형과 같다. ③ 자신의 지휘, 감독을 받는 자에 대하여 제1항의 죄를 범하도록 지시한 자도 제1항의 형과 같다. ④ 제1항부터 제3항까지의 행위를 요구, 청탁한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.
--	---	--	--

※ 자료: 국회 의안정보시스템

나. 주요 쟁점

1) 법왜곡죄의 실효성

형법 제123조는 “공무원이 직권을 남용하여 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 사람의 권리행사를 방해한 때”에는 직권남용죄에 해당한다고 정하고 있다. 법왜곡죄를 통해 처벌할 수 있는 행위는 대부분 현행법상 직권남용죄의 적용대상에도 포섭될 것으로 보인다.

⁵¹ 그럼에도 불구하고 현재까지 판사가 검사의 법왜곡행위를 직권남용죄로 처벌한 사례는

⁵¹ 강석구·주승희, 『형사사법 분야의 법왜곡 방지를 위한 입법정책』, 형사정책연구원 연구총서, 2019, pp.31~32.

극히 드물다.⁵² 이러한 상황은 법왜곡행위가 처벌되지 않고 있는 원인은 형벌 규정이 없기 때문이 아니라 다른 원인 때문일 수 있다는 점을 시사한다.⁵³ 이러한 점을 고려하면, 별도의 구성요건으로 법왜곡죄가 신설되더라도 법왜곡행위를 억제하는 실효성은 크지 않을 수 있다.

따라서 의도된 목적을 달성하기 위해서는 단순히 법왜곡죄를 신설하는 데에서 그쳐서는 안 되고, 그간 직권남용죄를 통해 사법관료의 법왜곡행위가 처벌되지 않았던 이유에 대한 고민이 필요하다.

2) 고소·고발 남용 가능성

국정농단 및 사법농단 사태를 거치며 그간 거의 활용되지 않던 직권남용죄가 일반에도 널리 알려지자 수사기관이나 법원을 포함한 공무원의 업무 처리에 불만을 제기하며 관련 공무원들을 직권남용죄로 고소·고발하는 사례가 대폭 증가하였다(2022년 22,358건, 2023년 27,177건, 2024년 25,839건). 반면, 직권남용죄를 적용해 검찰이 수사 후 기소까지 한 경우는 전체 고소·고발 건수 중 극히 일부에 그친다(2022년 10건, 2023년 7건, 2024년 3건).⁵⁴

이에 비추어 볼 때, 법왜곡죄를 도입할 경우 이를 이유로 한 형사고발이 폭증하여 수사기관의 역량을 마비시킬 우려를 배제할 수 없을 것으로 생각된다. 이는 형사사법자원의 효율적 배분이라는 측면에서 볼 때 바람직하지 않으므로 이에 대한 보완책을 마련할 필요가 있다.

⁵² 검찰의 고위 간부가 내사 담당 검사로 하여금 내사를 중도에서 그만두고 종결처리토록 한 행위가 직권남용권리행사방해죄에 해당한다고 한 사례(대법원 2007. 6. 14. 선고 2004도5561 판결)가 사실상 유일한 사례로 보인다.

⁵³ 독일에서도 법왜곡죄는 거의 유일하게 정치적 체제전환, 즉 나치독재와 구동독에서 자행된 사법불법(Justizunrecht)을 처리하는 데에 있어서만 의미가 있다고 평가되고 있다. 평시에도 법왜곡을 주장하고 때때로 고발이 이루어지기도 하지만, 법왜곡으로 기소가 이루어지는 일은 매우 드물며, 유죄판결이 내려진 경우 역시 거의 없다고 한다(MüKoStGB/Uebele 4. Aufl. 2022, StGB § 339 Rn. 3.).

⁵⁴ 강한, 「‘직권남용’ 고소·고발 역대 최고치 기록 전망」, 『법률신문』, 2020. 6. 1., (최종 검색일: 2025.5.20.), <<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=161861>>; 석경민, 「[단독] 올해만 50만건 고소·고발 남용 실태...정작 기소는 25%」 [출처:중앙일보] <https://www.joongang.co.kr/article/25290755>,  중앙일보 , 2024.11.9., (최종 검색일: 2025.5.20.), <<https://www.joongang.co.kr/article/25290755>>.

5. 대통령에 대한 재판정지 법률

가. 논의의 개요

헌법 제84조는 “대통령은 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 재직 중 형사상의 소추를 받지 아니한다”라고 하여 대통령의 불소추특권을 규정하고 있다. ‘소추’의 사전적 의미는 ‘형사 사건에 대하여 공소를 제기하는 것’이므로⁵⁵ 현직 대통령에 대한 공소제기는 허용되지 않는 것으로 해석된다. 다만 헌법상 금지되는 ‘소추’의 범위에 공소제기의 전, 후 단계인 ‘수사’나 ‘재판’ 등도 포함되는지에 대해서는 해석이 엇갈린다.

특히 대통령 취임 전 공소제기가 된 경우 법원이 현직 대통령을 ‘재판’할 수 있는지 논의되고 있다. (i) 헌법 제84조에 따라 법원은 내란·외환의 죄 이외의 범죄에 대해서는 현직 대통령에 대해 재판권을 행사할 수 없으므로 대통령 취임 후에는 ‘피고인에 대하여 재판권이 없을 때’에 해당한다는 이유로 공소기각 판결을 선고해야 한다는 해석,⁵⁶ (ii) 헌법 제84조의 ‘소추’란 공소제기만을 의미하므로 ‘재판절차 진행’ 자체는 대통령 취임 후에도 계속될 수 있다는 해석⁵⁷ 등이 존재한다.⁵⁸

국회 법제사법위원회는 2025년 5월 7일 대통령에 당선된 피고인에 대하여는 헌법 제84조가 적용되는 재직 기간 동안 형사재판 절차를 정지하도록 하는 내용의 「형사소송법 일부개정법률안」을 가결하였다.

<표 4> 「형사소송법 일부개정법률안」 신구대조표

현 행	김용민의원안 ⁵⁹	위원회수정안
제306조(공판절차의 정지) ①피고인이 사물의 변별 또는 의사의 결정을 할 능력이 없는 상태에 있는 때에는 법원은 검사와 변호인의 의견을 들어서 결정으로 그 상태가 계속하는 기간 공판절차를 정지하여야	제306조(공판절차의 정지) ①피고인이 사물의 변별 또는 의사의 결정을 할 능력이 없는 상태에 있는 때에는 법원은 검사와 변호인의 의견을 들어서 결정으로 그 상태가 계속하는 기간 공판절차를 정지하여야	제306조(공판절차의 정지) ①피고인이 사물의 변별 또는 의사의 결정을 할 능력이 없는 상태에 있는 때에는 법원은 검사와 변호인의 의견을 들어서 결정으로 그 상태가 계속하는 기간 공판절차를 정지하여야

⁵⁵ 국립국어원 표준국어대사전, 「소추(訴追)」, (최종 검색일: 2025.5.20.),

<https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do?word_no=448871&searchKeywordTo=3>.

⁵⁶ 성낙인, 『헌법학』 제24판, 법문사, 2024, p.564; 정종섭, 앞의 글, p.1246; 박진우, 「대통령의 형사상 특권에 관한 새로운 고찰」, 『가천법학』 제9권 제4호, 2016, p.56.

⁵⁷ 박찬주, 앞의 글, pp.12~13; 전용빈·문동성·김판, 「[팩트 검증] 홍준표 당선된다면... ‘성완중 사건’ 대법원 재판 논란」, 『국민일보』, 2017.4.3., (최종 검색일: 2025.5.20.),

<<https://www.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0923722582>> 중 임지봉, 노동일 및 전학선의 의견.

⁵⁸ 정재하, 「대통령의 불소추특권 해석상 불명확성 해소 방안을 중심으로」, 『이슈와 논점』 제2331호, 2025.3.7., p.2.

⁵⁹ 김용민의원 대표발의, 「형사소송법 일부개정법률안」(의안번호 2210333), 2025.5.2.

한다. ②피고인이 질병으로 인하여 출정할 수 없는 때에는 법원은 검사와 변호인의 의견을 들어서 결정으로 출정할 수 있을 때까지 공판절차를 정지하여야 한다. ③전2항의 규정에 의하여 공판절차를 정지함에는 의사의 의견을 들어야 한다. ④피고사건에 대하여 무죄, 면소, 형의 면제 또는 공소기각의 재판을 할 것으로 명백한 때에는 제1항, 제2항의 사유있는 경우에도 피고인의 출정없이 재판할 수 있다. ⑤제277조의 규정에 의하여 대리인이 출정할 수 있는 경우에는 제1항 또는 제2항의 규정을 적용하지 아니한다.	한다. ②피고인이 질병으로 인하여 출정할 수 없는 때에는 법원은 검사와 변호인의 의견을 들어서 결정으로 출정할 수 있을 때까지 공판절차를 정지하여야 한다. ③전2항의 규정에 의하여 공판절차를 정지함에는 의사의 의견을 들어야 한다. ④피고사건에 대하여 무죄, 면소, 형의 면제 또는 공소기각의 재판을 할 것으로 명백한 때에는 제1항, 제2항의 사유있는 경우에도 피고인의 출정없이 재판할 수 있다. ⑤제277조의 규정에 의하여 대리인이 출정할 수 있는 경우에는 제1항 또는 제2항의 규정을 적용하지 아니한다. <u>⑥ 피고인이 대통령선거에 당선된 때에는 법원은 당선된 날부터 임기종료시까지 결정으로 공판절차를 정지하여야 한다.</u>	한다. ②피고인이 질병으로 인하여 출정할 수 없는 때에는 법원은 검사와 변호인의 의견을 들어서 결정으로 출정할 수 있을 때까지 공판절차를 정지하여야 한다. ③전2항의 규정에 의하여 공판절차를 정지함에는 의사의 의견을 들어야 한다. ④피고사건에 대하여 무죄, 면소, 형의 면제 또는 공소기각의 재판을 할 것으로 명백한 때에는 제1항, 제2항의 사유있는 경우에도 피고인의 출정없이 재판할 수 있다. ⑤제277조의 규정에 의하여 대리인이 출정할 수 있는 경우에는 제1항 또는 제2항의 규정을 적용하지 아니한다. <u>⑥ 피고인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 내란 또는 외환의 죄를 범한 경우를 제외하고는 법원은 각 호의 구분에 따른 기간 동안 공판절차를 정지하여야 한다. 다만, 피고사건에 대하여 무죄, 면소, 형의 면제 또는 공소기각의 선고를 할 때는 그러하지 아니하다.</u> <u>1. 대통령선거의 후보자로 등록한 경우: 후보자의 등록이 끝난 때부터 당선인이 확정된 때까지</u> <u>2. 대통령선거에 당선된 경우: 당선된 때부터 대통령 임기종료시까지</u>
---	--	--

※ 자료: 국회 의안정보시스템

나. 주요 쟁점

1) 위헌 논란

대통령에 당선된 피고인에 대해서는 형사재판 절차를 정지하도록 한 「형사소송법」 개정안이 헌법에 위반되는지를 둘러싸고 논란이 있다.⁶⁰ 헌법 제84조에 규정된 불소추특권의 범위에 ‘법원의 재판’이 포함된다고 본다면 위와 같은 「형사소송법」 개정안은 헌법의 내용을 확인한 것에 불과하므로 위헌 소지가 있다고 보기 어렵다. 그러나 만약 헌법 제84조의 범위에 ‘법원의 재판’이 포함되지 않는다고 본다면 위 「형사소송법」 개정안은 헌법에 직접 근거한 제도가 아니므로 헌법에 위반될 가능성이 있다.

특히 문제될 수 있는 점은 위 개정안이 대통령과 일반 국민을 차별적으로 취급하여 헌법상 평등원칙에 위반되는지 여부이다. 헌법상 평등원칙 위반 여부는 원칙적으로 자의금지원칙에 따라 차별취급에 합리적인 이유가 있는지 여부만을 심사한다.⁶¹ 「형사소송법」 개정안의 입법취지는 대통령이 재판을 받지 않도록 함으로써 대통령직의 원활한 수행을 보장하고 그 권위를 확보하여 국가의 체면을 유지하려는 것으로 이해되는데, 이는 차별취급을 정당화하는 합리적인 이유에 해당한다고 판단될 가능성이 높아 보인다.

그러나 헌법재판소에서 이에 대해 평등원칙에 위반된다고 판단할 가능성도 완전히 배제할 수 없다고 생각한다. 이탈리아에서는 법률을 통해 총리에게 형사상 특권을 부여하는 것이 평등원칙에 위반된다고 판단된 사례가 있다. 이탈리아 헌법재판소는 2009년 당시 총리를 보호하기 위해 제정된 “Lodo Alfano 법률”에 대해 헌법기관에 대해 형사상 특권을 부여하기 위해서는 반드시 헌법개정 절차를 거쳐야 하므로 법률의 형식으로 총리에게 불소추특권을 부여하는 것은 헌법상 평등원칙과 헌법개정절차에 위반된다고 판시하였다.⁶²

「형사소송법 일부개정법률안」이 그대로 법률로 제정되었으나 법원에서 해당 법률이 위헌이라고 판단한다면, 법원에서는 헌법재판소에 위헌법률심판제청을 할 수 있다. 이 경우 법원의 재판은 헌법재판소에서 위헌법률심판 결정을 할 때까지 정지되므로,⁶³ 헌법재판소의 결정이 지연될 경우 대통령의 신분을 둘러싼 불확실성이 장기간 지속될 가능성도 있다.

⁶⁰ 김정화, 「민주당 추진 ‘이재명 처벌방지법’, 위헌 소지는 없을까?…법조계 의견은」, 『경향신문』, 2025.5.9., (최종 검색일: 2025.5.20.), <<https://www.khan.co.kr/article/202505090600041>>.

⁶¹ 헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 2000헌마25 결정.

⁶² Sentenza n. 262 del 2009.

⁶³ 「헌법재판소법」 제42조 제1항

2) 헌법개정 필요성

우리나라에서 대통령이 갖는 정치적·헌법적 중요성을 고려했을 때 그 신분을 둘러싼 불확실성이 존재하는 상황은 바람직하지 않다. 대통령의 불소추특권과 관련된 법적 불명확성을 근본적으로 해소하기 위해서는 헌법을 개정하여 해석상 논란이 되는 사항에 대해 명확히 정할 필요가 있다.⁶⁴ 관련해서는 프랑스와 독일의 사례를 참고할 수 있다.

프랑스의 경우, 2007년 개정되기 전 「프랑스 헌법」은 대통령의 불소추특권에 대해 (i) 대통령은 반역의 죄를 제외하고는 그 직무수행상의 행위에 대하여 책임을 지지 않으며, (ii) 대통령은 상·하원에서 각각 공개투표로 재적의원의 절대다수로 의결되지 아니하고는 소추되지 아니한다고 정하였다. 위 규정의 의미에 대해 헌법위원회(Conseil constitutionnel)와 대법원(Cour de cassation)의 해석이 엇갈렸다. 헌법위원회는 이를 ‘(반역죄를 포함한 모든 형사범죄에 대해) 상·하원의 의결을 거쳐 현직 대통령의 형사책임을 묻는 것이 가능하다’는 의미로 보았으나,⁶⁵ 대법원은 ‘헌법 제68조에 따라 대통령은 임기 동안 어떤 범죄로든 기소, 소환 또는 재판될 수 없다’고 해석하였다.⁶⁶ 이러한 해석상 혼란을 해소하기 위해 헌법개정이 필요하다는 공감대가 형성되었다. 결국 2007년 해당 조항은 (i) 대통령은 국제형사재판소 사건 및 탄핵 사건을 제외하고는 대통령의 자격으로 실행한 행위에 대해 책임을 지지 않으며 (ii) 대통령은 임기 중 출석요구, 제소, 취조, 예심 및 소추의 대상이 될 수 없다는 내용으로 개정되었다.⁶⁷

<표 5> 프랑스 헌법상 대통령의 불소추특권

「프랑스 헌법」(2007년 개정되기 전의 것)	「프랑스 헌법」(2007년 개정된 것)
제68조 ① 대통령은 반역의 죄를 제외하고는 그 직무수행상의 행위에 대하여 책임을 지지 않는다. ② 대통령은 상·하원에서 각각 공개투표로 재적의원의 절대다수로 의결되지 아니하고는 소추되지 아니한다. ③ 대통령은 고등재판소에서 재판한다.	제67조 ① 제53-2조 및 제68조의 조건 하에서 대통령은 그 자격으로 실행한 행위의 책임을 지지 않는다. ② 대통령 임기 중에 그 어떤 법원이나 행정당국도 증언을 위해 대통령의 출두를 요구할 수 없으며 대통령은 제소나 취조, 예심 또는 소추의 대상이 될 수도 없다. 모든 시효 또는 시효기간의 만료로 인한 권리의 상실은 중단된다. ③ 대통령으로 인해 중단된 고소 및 소송은 대통령의 직무가 중단된 후 한 달의 기한이 지나면 다시 재개되거나 대통령을 다시 이에

⁶⁴ 정재하, 앞의 글, p.4.

⁶⁵ Décision no 98-408 DC du 22 janvier 1999; Lageot Céline, The Lack of Political Responsibility of the French President under the Constitution of 1958 and the Old Article 68, Vniversitas, 2009, p.223.

⁶⁶ Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 10 octobre 2001, 01-84.922, Publié au bulletin.

⁶⁷ 해당 개정과 동시에 대통령이 직무수행과 양립할 수 없을 정도로 책무를 위반한 때 파면될 수 있도록 하는 개정이 이루어졌다(제68조).

	관여시킬 수 있다.
--	------------

독일의 경우, 1919년 제정된 「바이마르공화국 헌법」 제43조제3항은 “제국대통령은 제국의회의 동의 없이는 형사상의 소추를 받지 아니한다”라고 정하고 있었다. 대통령이라고 하더라도 의회의 동의를 거쳐 형사상 책임을 부담할 수 있도록 정한 것이다. 1949년 제정된 「독일연방 기본법」은 기존의 규정을 보다 구체화하여, 대통령에 대한 ‘형사책임 부과’, ‘체포’, ‘신체의 자유 제한’ 및 ‘소송절차 개시’는 연방의회의 허가가 있는 경우에만 가능하도록 하고, 이미 개시된 절차나 부과된 제한은 연방의회의 요구가 있으면 중지되도록 정하였다.⁶⁸

<표 6> 독일 헌법상 대통령의 불소추특권

「바이마르공화국 헌법」(1919년 제정)	「독일연방 기본법」(1949년 제정)
제43조 [대통령의 임기, 재선, 해직, 형사상의 특전과 의원의 해산] (4)제국대통령은 제국의회의 동의 없이는 형사상의 소추를 받지 아니한다.	제46조 (의회의 면책특권과 불체포특권) (2) 의원은 현행범이거나 그 다음날에 체포되는 경우가 아닌 한 연방의회의 허가 없이 범죄행위를 이유로 형사책임을 지우거나 체포될 수 없다. (3) 그 외에, 연방의회의 허가는 의원의 신체의 자유에 대한 제한 또는 의원에 대한 제18조에 따른 소송절차의 개시에도 필요하다. (4) 의원에 대한 모든 형사절차와 제18조에 따른 소송절차, 구금 및 신체적 자유에 대한 그 밖의 제한은 연방의회의 요구가 있으면 중지되어야 한다. 제60조 (연방공무원과 군인의 임명) (4) 제46조 제2항 내지 제4항은 연방대통령에 준용된다.

⁶⁸ 「독일연방 기본법」 제46조 (의회의 면책특권과 불체포특권) (2) 의원은 현행범이거나 그 다음날에 체포되는 경우가 아닌 한 연방의회의 허가 없이 범죄행위를 이유로 형사책임을 지우거나 체포될 수 없다.
(3) 그 외에, 연방의회의 허가는 의원의 신체의 자유에 대한 제한 또는 의원에 대한 제18조에 따른 소송절차의 개시에도 필요하다.
(4) 의원에 대한 모든 형사절차와 제18조에 따른 소송절차, 구금 및 신체적 자유에 대한 그 밖의 제한은 연방의회의 요구가 있으면 중지되어야 한다.
제60조 (연방공무원과 군인의 임명) (4) 제46조 제2항 내지 제4항은 연방대통령에 준용된다.

긴급좌담회 자료집
사법부의 신뢰 위기와 사법개혁 방향

발행일 2025. 05. 21.
발행처 참여연대, 민주사회를 위한 변호사모임,
민주주의법학연구회

※ 본 자료는 [참여연대](#) 및 [민변](#) 웹사이트에서 다시 볼 수 있습니다.